

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS DE CACOAL
Departamento do Curso de Direito

DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE
NUMA PERSPECTIVA DO GARANTISMO JURÍDICO-PENAL

Raimundo Ironildo Carneiro dos Santos

Cacoal-RO
2007

RAIMUNDO IRONILDO CARNEIRO DOS SANTOS

**DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE
NUMA PERSPECTIVA DO GARANTISMO JURÍDICO-PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Fundação Universidade Federal de Rondônia –
Campus Cacoal, como exigência parcial para
obtenção de título de Bacharel em Ciências
Jurídicas, sob a orientação do Professor Esp.
Marcus Vinícius Xavier de Oliveira.

Cacoal-RO
2007

CARNEIRO DOS SANTOS, R. I.

Direito de apelar em liberdade: numa perspectiva do garantismo jurídico-penal – 2007

VI, 73 f., enc.; 30 cm.

Monografia – Fundação Universidade Federal de Rodônia – *Campus* Cacoal, 2007.

Bibliografia: f. 71-73

I – Título

Dedico a Deus, pois sem Ele nada somos.

Minha amada esposa Solange, pelo incessante estímulo, carinho e cumplicidade de todos os momentos.

Com profundo amor, aos meus filhos, Ana Olimpia, Luis Fernando e Maria Isabel, luzes da minha existência.

Na pirâmide jurídica de Kelsen, a Constituição ocupa o seu ápice. Ela é a Lei das Leis. Assim, se uma lei ordinária afronta a Lei de onde provêm as demais leis, ela não pode ter eficácia.

Tourinho Filho

RESUMO

CARNEIRO DOS SANTOS, Raimundo Ironildo. O direito de apelar em liberdade: numa perspectiva do garantismo jurídico-penal, 73 folhas, Trabalho de conclusão de curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal. 2007.

Esta investigação científica tem por objetivo averiguar a vigência do artigo 594 do código de processo penal brasileiro. Há uma discussão entre jurisprudência e doutrina quanto a constitucionalidade do artigo 594 do Código de Processo Penal. Referido artigo foi ou não aceito pela nova ordem constitucional instaurada em 5 de outubro de 1988. A teoria garantista jurídico-penal fundada em princípios axiomáticos busca aproximar as práticas operativas penais às normas constitucionais por meio do vínculo dos direitos fundamentais, estabelecendo uma aplicação mínima do direito de punir estatal. Analisa o sistema processual penal brasileiro em face à disciplina constitucional. A necessidade de se minimizar a aplicação do direito penal pela teoria garantista penal com base nos direitos fundamentais, inseridos na Constituição Federal, tem por objetivo preservar a liberdade e a dignidade da pessoa humana, assegurando os princípios e garantias que regem o processo penal brasileiro. Destacando-se dentre os princípios constitucionais, o da presunção de inocência e o da ampla defesa. Por fim, investiga-se a natureza jurídica da prisão para apelar e, verifica-se a vigência do artigo 594 do código de processo penal na ótica das correntes preservacionista e não preservacionista.

Palavras-chave: Garantismo Penal. Direitos Fundamentais. Direito de Apelar em Liberdade.

ABSTRACT

CARNEIRO DOS SANTOS, Raimundo Ironildo. Right to Appellate in Liberty in a perspective of the penal-juridical guarantism, 73 pages, Monography, Foudation Federal University of Rondônia – Cacoal *Campus*, 2007.

This scientific research has the objective to investigate the vigor of the article 594 of the Brazilian Penal Processual Code. There is a discussion between the Jurisprudence and Doctrine in relation to the Constitutionality of the article 594 of the Penal Processual Code. The article mentioned was accepted or not by the new Constitutional order installed in October 5 of 1988. The Guaranteeing penal-juridical theory based on the axiomatic principles searches to approach operative penal practices to the Constitutional Laws through a link of the fundamental rights, establishing a minimum application of the right to punish of the State. This study analyzes the Brazilian Penal Processual System in face of the constitutional discipline. The need to minimize the application of the penal law by the guaranteeing penal theory based on the fundamental rights, inserted in the Federal Constitution, has the objective to preserve the liberty and the dignity of the humane being, ensuring the principles and guarantees that rule the Brazilian Penal Process. This study emphasizes, between the Constitutional principles, the principle of the innocence and the principle of the wide defense. At last, this study will investigate the juridical origin of the prison to appellate and, it verifies the vigor of the article 594 of the Penal Process in the eyes of the preserving understanding.

Keywords: Penal Guarantism. Fundamental Rights. Right to Appellate in Liberty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. GARANTISMO PENAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	
2.1 GARANTISMO PENAL.....	11
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENALIS.....	21
2.2.1 Sistema Inquisitivo.....	22
2.2.2 Sistema Acusatório.....	23
2.2.3 Sistema Misto.....	25
2.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	27
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS CONSTITUCIONAIS	
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	31
3.2 GARANTIAS INDIVIDUAIS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	35
3.3 GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	39
3.4 GARANTIA DA AMPLA DEFESA.....	43
4. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE	
4.1 RECURSO DE APELAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO...	46
4.2 NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PARA APELAR.....	49
4.2.1 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como efeito automático da condenação.....	50
4.2.2 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como prisão cautelar obrigatória.....	53
4.2.3 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como execução provisória da pena.....	55
4.2.4 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como regra procedimental condicionante da apelação.....	57
4.2.5 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como prisão provisória de natureza processual.....	60
4.2.6 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como prisão de natureza cautelar.....	61
4.3 VIGÊNCIA DO ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	64
5. CONCLUSÃO.....	69
6. REFERÊNCIAS.....	71

1. INTRODUÇÃO

Esta investigação científica tem por objetivo a análise do direito de apelar em liberdade no atual processo penal brasileiro sob a perspectiva da Teoria do Garantismo Jurídico-Penal.

Inicia-se, no primeiro capítulo, tratando da Teoria do Garantismo Jurídico-Penal, apresentando sua estrutura e princípios. Discorrendo, também, acerca do Processo Penal nos sistemas processuais penais, inquisitivo, acusatório e misto, com suas respectivas características. Apresenta o atual sistema do processo penal brasileiro em face à disciplina constitucional inaugurada com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No segundo capítulo, procede-se à análise dos direitos fundamentais, identificando o conceito, a natureza jurídica e as características para essa categoria, apresenta-se as modalidades de direitos fundamentais positivados e suas características. Assinalando a importância e o respeito aos Princípios Constitucionais, informando aqueles que se relacionam ao processo penal. Destacando-se os princípios da presunção de inocência e o da ampla defesa.

No terceiro capítulo, como aspecto preliminar, aborda-se o disciplinamento brasileiro atual para o direito de apelar, com indicação do dispositivo processual correspondente. Em seguida, dentro da perspectiva garantista, é enfrentado o tema ligado à natureza jurídica da prisão para apelar. Por fim, é analisada a vigência do artigo 594 do Código de Processo Penal, destacando-se as duas correntes, preservacionista e não preservacionista.

Em sede de conclusão, é apresentado o resultado obtido com a investigação, apontando os caminhos para a adoção de uma prática operativa no direito penal e no direito processual penal, notadamente quanto ao direito de apelar em liberdade, comprometida com o Estado Democrático de Direito, com total respeito aos comandos constitucionais de garantia aos direitos humanos.

2. GARANTISMO PENAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

2.1 GARANTISMO PENAL

A democracia, sistema político-jurídico que visa a limitação do poder arbitrário estatal que, também, objetiva à promoção e defesa dos direitos fundamentais previstos na Constituição¹, de forma gradativa, foi se difundindo por todos os países ocidentais, fazendo surgir os Estados Democráticos de Direito, alicerçados nos direitos individuais e nas garantias fundamentais, tendo por diretrizes norteadoras a liberdade e a dignidade humana alçando-as a categoria constitucional, notadamente quanto ao sistema repressivo (apuração do delito e aplicação de penas), substituindo-se, por consequência, o sistema penal de caráter autoritário e subjetivo por um sistema mais justo.²

No entanto:

A posituação constitucional de Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, com a consagração de garantias penais e processuais, tem sido insuficiente para efetiva proteção dos Direitos Humanos no âmbito do Sistema Penal. A realidade operativa do Sistema Punitivo demonstra que freqüentemente a intervenção punitiva se realiza de forma perversa e irracional, com absoluta subversão aos valores que fundamentam um Estado Democrático de Direito, muito embora o discurso jurídico-

1 STIPP, Álvaro. **Garantismo**. Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>. Acesso em 29 mai. 2007.

2 BUBLITZ, César Walmor. **A constitucionalidade da prisão preventiva diante do garantismo penal**. Disponível em <http://ensino.univates.br/~direito/artigo56.pdf>. Acesso em 14 jul. 2007.

penal seja capaz de criar a ilusão de que naquele quadrante os Direitos Humanos são de fato respeitados.³

Enquanto as Constituições Nacionais buscam a proteção dos Direitos Fundamentais, assinalando uma regra de igualdade de direitos que se espalha por todo o ordenamento jurídico, os Sistemas Penais vão na contra-mão, consagrando-se em instrumentos de desigualdade de direitos.⁴

Zafaroni confirma que é um “[...] absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio da legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que, estruturalmente, estão preparados para os violar a todos”.⁵

Verifica-se, então, que é necessária uma adequação das normas penais infraconstitucionais com a lei maior, minimizando a violação aos direitos dos indivíduos.

Destaca Dalabrida:

Fácil é notar a necessidade de minimalização da perversão subjacente ao Sistema Punitivo, sendo possível alcançá-la com a aplicação de uma teoria de base comprometida com a defesa intransigente dos valores humanitários inscritos na Constituição Federal e Pactos Internacionais de Proteção à Pessoa Humana.⁶

Nesse contorno de proteção aos Direitos Humanos constitucionalizados é que surge a teoria garantista penal elaborada por Ferrajoli. Essa teoria busca aproximar as normas que regulam as práticas penais, estas de caráter infraconstitucionais, às normas constitucionais, a fim de garantir a liberdade e a dignidade dos indivíduos.

Conforme pontua Dalabrida:

[...] a teoria garantista propõe a construção de um modelo para sua justificação e, concomitantemente, para deslegitimação, não do próprio Sistema Penal, mas de normas e práticas penais e processuais penais concretas. Assim, o programa garantista é projetado para conter o manejo arbitrário do poder punitivo pelo Estado, neutralizando-o, quando em contraste com as normas superiores de proteção a Direitos Fundamentais, ajustando enfim seu exercício às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, voltado fundamentalmente para a defesa da

3 DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. 1ª ed. Paraná: Juruá, 2006. p. 19-20.

4 DALABRIDA, Sidney. *Ibidem*. p. 20.

5 ZAFARONI, Eugênio Raúl. *Apud*. DALABRIDA, *Ibidem*. p. 20.

6 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 21.

dignidade da Pessoa Humana que, [...] da qual não é possível dissociar a liberdade e igualdade do cidadão [...].⁷

Portanto, a instauração do processo penal é uma grave ameaça a dignidade do cidadão, antes mesmo de qualquer pronunciamento judicial definitivo, uma vez que o submete a uma carga negativa originada do contato com o sistema penal, pois, muitas vezes, o que mais teme o imputado não é a pena, mas sim, a abominação pública e as conseqüências negativas para sua vida, manchando sua honra e dificultando suas perspectivas de trabalho.⁸

Por esta forma, enfatiza, Dalabrida:

O garantismo jurídico-penal implica o reconhecimento de que o direito penal é apenas um entre vários mecanismos de prevenção de delitos, que somente pode ser acionado quando invocado como *extrema ratio*, diante do fracasso dos meios extrapenais, preconizando e, ainda assim, com o máximo de garantias das liberdades e dos demais Direitos Fundamentais.⁹

Dalabrida conclui afirmando que:

[...] reconhece o garantismo a possibilidade de justificação de um direito penal mínimo, [...], assegurando dessa forma a proteção dos Direitos Humanos. Apresenta-se, pois, como um projeto capaz de operacionalizar uma redução significativa no nível de desigualdade do modelo penal, contraindo ao máximo o direito punitivo do Estado.¹⁰

Além de Dalabrida, alguns outros estudiosos pátrios têm se debruçado no estudo do garantismo penal de Ferrajoli.

Carvalho, dando ênfase ao indivíduo na sociedade, afirma que:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais.¹¹

Carvalho continua, caracterizando o garantismo penal:

[...] um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s)

7 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 22.

8 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 23.

9 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 23.

10 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 24.

11 CARVALHO, Amilton B.; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 19.

pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. Por ser tratar de modelo ideal (e ideológico), apresenta inúmeros pressupostos e consequências lógicas e teóricas.¹²

Por fim, Carvalho destaca:

[...] a teoria do garantismo penal pressupõe o direito como única alternativa à violência dos delitos e das penas, cuja existência apenas se justifica se percebido como mecanismo de tutela do indivíduo contra as formas públicas e privadas de vingança. O direito penal e processual penal passam a ser compreendidos, portanto, como lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte [...] “no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o réu e no momento da execução é o condenado”.¹³

Stipp assevera que:

O garantismo penal se vincula, [...] a filosofia de um direito penal mínimo, e dessa maneira se apresenta como a única justificação racional do direito penal, pois não se apresenta somente como modelo de legitimação ou justificação, mas também de deslegitimação ou crítica das instituições e práticas jurídicas vigentes.¹⁴

O sistema garantista penal é formado de princípios axiomáticos, ou condições garantidoras, estabelecidas a partir de onze termos básicos: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Excluindo-se o primeiro termo (pena), cada um dos termos designa um requisito necessário para a atribuição da pena dentro do modelo garantista penal.¹⁵ Portanto, estes termos seriam requisitos fundamentais, ou condições, sem as quais se tornaria impossível a determinação da responsabilidade penal e a aplicação da pena.¹⁶

Os onze termos utilizados na construção dos dez princípios garantista são definidos, por Ferrajoli, da seguinte forma:

“**pena**”, qualquer medida afliativa imposta juridicamente por meio do processo penal; “**delito**”, fenômeno legalmente previsto como pressuposto de uma pena; “**lei**”, norma que provenha do legislador; “**necessidade**”, função de proteger os bens fundamentais que justifica as proibições e as penas; “**ofensa**”, lesão de um ou de vários bens fundamentais; “**ação**”, comportamento humano exterior, material ou empiricamente manifestável, tanto comissivo quanto omissivo; “**culpabilidade**”, vínculo de imputação de um delito a seu autor, consistente na consciência e vontade deste para com aquele; “**juízo**”, procedimento mediante o qual se verifica ou refuta a hipótese da comissão de um delito; “**acusação**”, formulação de tal hipótese por parte de um órgão separado dos julgadores; “**prova**”, verificação do fato tomado como hipótese pela acusação e qualificado como delito pela lei; “**defesa**”, exercício do direito de contraditar e refutar a acusação.¹⁷

12 CARVALHO, Amilton B.; CARVALHO, Salo de. *Ibidem*. p. 21.

13 CARVALHO, Amilton B.; CARVALHO, Salo de. *Ibidem*. p. 21.

14 STIPP, Álvaro. *Op. cit.*

15 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 89 e 90.

16 CARVALHO, Amilton B.; CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 25.

17 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 107.

Referidos termos podem ser divididos em duas categorias: os que designam requisitos ou condições penais e os que designam requisitos ou condições processuais, sendo aqueles garantias penais e estes garantias processuais. As garantias penais seriam delito, lei, necessidade, ofensa, ação, e culpabilidade, enquanto as garantias processuais seriam juízo, acusação, prova e defesa.¹⁸

Os dez princípios garantistas penais, originados a partir dos dez termos ou condições, são formulados em notas latinas (tradição escolástica), os quais são: *Nulla poena sine crimine* (Não há pena sem crime); *Nullum crimen sine lege* (Não há crime sem lei); *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (Não há lei sem necessidade); *Nulla necessitas sine injuria* (Não há necessidade sem ofensa); *Nulla injuria sine actione* (Não há ofensa sem ação); *Nulla actio sine culpa* (Não há ação sem culpa); *Nulla culpa sine judicio* (Não há culpa sem juízo); *Nullum judicium sine accusatione* (Não há juízo sem acusação); *Nulla accusatio sine probatione* (Não há acusação sem prova); e, *Nulla probatio sine defensione* (Não há prova sem defesa). Estes princípios, formulados como condições, estão interligados entre si.¹⁹

Os princípios axiomáticos fundantes do garantismo penal, além de garantias penais e processuais, são também denominados, respectivamente, como:

1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.²⁰

Os dez princípios axiomáticos, ordenados e interligados, definem o modelo garantista penal, ou seja, define as regras de aplicação do direito penal e do direito processual penal, pois são princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal estatal. Estão incorporados às constituições e códigos dos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos de direito.²¹

A presença dos princípios garantistas nos ordenamentos jurídicos não garante a sua efetividade, daí se falar, em graus de garantismo. Quanto mais as normas infraconstitucionais

18 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem.* p. 91.

19 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem.* p. 89-91.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem.* p. 91.

21 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem.* p. 91-2.

penais se aproximam das normas constitucionais pelo vínculo dos direitos fundamentais, estes ordenamentos serão tidos como garantistas, do contrário, antigarantistas.

Sendo assim, Dalabrida destaca:

O correto emprego dos princípios que norteiam a Teoria Garantista permite a individualização e identificação dos diversos modelos de Sistema Penal, bem como o grau de arbitrariedade de seus institutos (instrumentos de controle), indicando a direção mais aproximada possível de uma aplicação humanitária do Direito Penal e Processual Penal.²²

Ainda, acerca dos princípios axiomáticos fundantes do garantismo penal, Ferrajoli destaca que:

O modelo garantista [...] apresenta dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.²³

Dessa forma, Ferrajoli assevera que:

Cada uma das implicações deonticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma *garantia jurídica* para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. [...] A função específica das garantias no direito penal, [...] na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.²⁴

Dentre os dez princípios norteadores do sistema garantista destaca-se o princípio da legalidade – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (Não há lei sem necessidade) — sendo a legalidade estrita o centro onde gravitam os demais princípios.

Nas palavras de Ferrajoli:

Este princípio [...] ocupa um lugar central no sistema de garantias. Distingue-se do princípio de mera ou lata legalidade, [...] por sua distinta forma lógica. Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal [...] a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das

22 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 25.

23 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 101.

24 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem* p. 90-1.

normas que prevêem penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes.²⁵

Ferrajoli esclarece:

No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa de lei, entendendo “lei”, no sentido formal de ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido (estrito), identifica-se, ao revés, com a reserva absoluta de lei, entendendo “lei” no sentido substancial de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas.²⁶

O princípio da legalidade estrita diferencia-se do princípio da legalidade formal, pois, além da forma legal preestabelecida, necessita de um conteúdo substancial, que é encontrado nos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Assim, destaca Dalabrida:

O princípio da legalidade se situa no epicentro de todo este Sistema de Garantias. A categoria legalidade, no entanto, é aqui redesenhada, ampliada, não representando a mera conformidade da norma com a forma, mas sim, com o conteúdo dos Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados.²⁷

Para que o sistema penal seja fundado nos princípios garantistas, necessário é que nasça a partir da Constituição, uma vez que todos os demais subsistemas legais são oriundos dela, dessa forma as garantias penais previstas constitucionalmente irão se alastrar pelo sistema penal.

Sendo assim, conforme pontua Carvalho:

O princípio da legalidade, vinculado à estrutura hierarquizada e secularizada do ordenamento jurídico balizado pela Constituição, é o ponto de partida na construção do modelo garantista. Como categoria lapidar, o princípio da legalidade (penal) intenta estabelecer uma previsibilidade mínima ao cidadão no uso e gozo de seus direitos pela exigência de *lex praevia* e pública, condicionando e limitando o poder na interferência ilegítima. Todavia, o positivismo legalista e o dogmatismo associaram a idéia de legalidade com legitimidade, pressupondo a regularidade dos atos do poder. O positivismo contemplativo e acrítico parte da (equivocada) idéia de que os atos de poder são, em regra, legítimos, pelo simples fato de corresponderem a

25 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem* p. 93

26 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem* p. 93

27 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 27

um modelo ideologizado no qual as noções de legitimidade e legalidade são similares. Mais, acaba, nesse reducionismo, partindo da concepção de que o poder é bom, sendo sua tendência a tutela dos direitos. A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos; (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, conseqüentemente, (c) que os atos emanados pelo poder público, seja legislativo, executivo ou judiciário, não se presumem regulares, sendo necessário, pois, a criação de mecanismo eficaz de seu controle. A dogmática tradicional parte de proposição prescritiva na qual a norma jurídica esgota-se no juízo de vigência. Em sendo uma regra formulada com a autorização de outra norma hierarquicamente superior, estaríamos diante de uma norma jurídica. Assim, a noção de validade das normas permanece restrita à sua mera incorporação formal no sistema, isto é, se a norma (ou decisão) respeita o processo de elaboração, ingressa no ordenamento jurídico como norma válida.²⁸

Tal concepção, legalidade e legitimidade (validade) como sendo similares, se enquadra na ordem normativa de Kelsen. Vejamos:

Se o direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? [...] uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra [...]²⁹

Visto desta forma, o sistema garantista é parecido com o sistema normativo de Kelsen, a validade de uma norma está em uma outra norma, a qual lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente, que traça as diretrizes formais para que tal norma seja válida. Existindo entre as normas jurídicas uma idéia de supra e infraordenação entre as espécies normativas.³⁰ Esse conceito normativo não se preocupa em definir o conteúdo substancial das normas estabelecidas, bastando apenas sua legalidade formal.

28 CARVALHO, Amilton B.; CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p.21-2.

29 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 210-7, 246-7.

30 MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>. Acesso em: 15 jul. 2007.

Carvalho pontua:

[...] que esta concepção puramente formal da validade é fruto de uma simplificação, legada da concepção onipotente do legislador no Estado liberal e derivada de uma incompreensão da complexidade do termo legalidade no Estado constitucional de direito. É que, tendo em vista a recepção dos princípios elaborados pelo pensamento ilustrado pelas Constituições novencentistas, a arquitetura do ordenamento e os vínculos entre as normas modificaram-se. Assim, a cadeia principiológica constitucionalizada determinou regras normativas sobre a produção legal não reduzidas apenas às condições formais (procedimentais e de competência), mas, sobretudo, em relação ao seu conteúdo (vínculos substanciais). Desde esta perspectiva, os conceitos de vigência e validade assimétricos e independentes. Vigência trata, essencialmente, da forma dos atos normativos, sendo que validade diz respeito ao significado e à compatibilidade das normas com os valores materiais expostos nas Constituições democráticas. A tese positivista da presunção de regularidade dos atos de poder é desmistificada. Não basta a sintonia da norma com os parâmetros formais preestabelecidos para sua validação, mas é fundamental sua harmonia com os direitos e garantias que expressam a racionalidade material e substantiva do estatuto fundamental.³¹

Sendo assim, é importante destacar que a diferença entre Kelsen e Ferrajoli consiste na de que este indica as condições mínimas para aplicação das normas penais sempre a partir de um conteúdo constitucional, com respeito aos valores de direitos fundamentais. Para Kelsen, norma válida seria a norma vigente, isto é, o respeito a formalidade. A forma legal de criação das normas não é um equívoco, no entanto, faz-se uma nova leitura das normas infraconstitucionais, estabelecendo-se uma distinção entre vigência e validade. Acerca dessa distinção, destaca Luiz Flávio Gomes:

Não se pode, entretanto, confundir a vigência (forma) de uma lei com sua validade (esta última consiste na sua compatibilidade com a Constituição e com o Direito internacional). Uma lei, para entrar em vigor (para ter vigência), basta ser aprovada pelo Parlamento, sancionada e publicada no Diário Oficial. Uma vez publicada e passado o período de vacância, caso exista, inicia sua vigência. Não havendo nenhuma vacância (*vacatio*) a ser observada, a lei começa a ter vigência de forma imediata (assim que publicada).³²

Continua Luiz Flávio Gomes:

[...] a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart etc.), lei vigente é lei válida. Mesmo quando incompatível com a Constituição, ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra lei. O esquema positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidez com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes.³³

31 CARVALHO, Amilton B.; CARVALHO, Salo de. *Op. cit.* p. 21-2.

32 GOMES, Luiz Flávio. **Vigência e validade da lei**. Prática jurídica. Brasília. Ano VI, N° 62, p. 14-15, mai. 2007.

33 GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 14-15.

No entanto, Luiz Flávio Gomes observa:

[...] nem toda lei vigente é válida. O modelo do Estado constitucional e democrático de Direito, que é garantista, rompe com o velho esquema do positivismo clássico e passa a distinguir a vigência da validade. Somente pode ser válida a lei (vigente) que conta com compatibilidade vertical com a Constituição (ou seja: a lei que atende às exigências formais e materiais decorrentes da Magna Carta) bem como com o Direito internacional [...]³⁴

Em suma, Ferrajoli estabelece uma teoria de direito penal mínimo, consistente na mínima intervenção estatal, ou seja, o Estado só estaria autorizado a agir nos limites da permissão legal com observância máxima dos direitos fundamentais. Sendo que as práticas operativas penais devem se aproximar ao máximo desse ideal garantista, a fim de se tornarem práticas legítimas de aplicação do direito penal e processual penal, preservando o indivíduo em sua liberdade e dignidade.

Sendo assim, manifesta-se Dalabrida:

O Garantismo Penal é definido como essencialmente idealista, “porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável”. Porém, as práticas punitivas concretas, uma vez balizadas pelos parâmetros do Sistema Penal garantista, permitirão uma aproximação a este modelo limite, conferindo-lhe assim a necessária legitimidade.³⁵

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

O ordenamento jurídico é um grande sistema composto por diversos outros sistemas jurídicos, ou subsistemas, que guardam entre si uma interdependência coordenada. Dentre esses subsistemas apresenta-se o sistema penal. Contudo, antes de seguirmos nesta investigação, faz-se necessário averiguar o conceito de sistema.

Bobbio define sistema como:

[...] uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento

34 GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 14-15.

35 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 28.

jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.³⁶

Bobbio, ainda comentando acerca do conceito de sistema enfatiza:

O termo “sistema” é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências. [...] No uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência parece-me que emergem três diferentes significados de sistema. [...] O terceiro significado de sistema jurídico é sem dúvida o mais interessante, e é aquele sobre o qual nos deteremos [...] Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. [...] Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras.³⁷

Dalabrida, também, indicando o conceito de sistema, pontua que “[...] a idéia básica de sistema implica a noção de um conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, o qual forma um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”.³⁸

Portanto, sistemas processuais penais representam um conjunto de técnicas, normas e conceitos, que se relacionam em conformidade, tornando-se um modelo, com objetivo de atender ao processo penal. Não é um amontoado de normas e instituições, mas sim um conjunto harmônico repleto de coerência interna.³⁹

Na evolução histórica do direito processual penal foram utilizados vários sistemas processuais, a fim de apurar o delito e aplicar a pena; sendo que, entre eles, destacam-se: o inquisitivo, o acusatório e o misto, sendo os dois primeiros os mais conhecidos.

36 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 71

37 BOBBIO, Norberto. *Ibidem* p. 76,77-8

38 COUTINHO, J. N. de M. *Apud* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 42

39 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 42

2.2.1 Sistema Inquisitivo

Nesse sistema processual todas as funções (acusação, defesa e julgamento) são executadas por uma só pessoa ou órgão, que inicia, instrui e julga o processo. O sistema foi muito utilizado na Idade Média. Origina-se no Direito Romano, por influência política do Império, permitindo ao juiz iniciar o processo de ofício. Ganha vigor na Idade Média diante da necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e alastra-se por todo o continente europeu a partir do século XV, diante da influência do Direito Canônico, e só entrou em declínio com a Revolução Francesa.⁴⁰

Tourinho destaca as características do sistema inquisitivo:

Não existe o contraditório, e, por isso mesmo, inexistem as regras da igualdade e da liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar, encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, afinal, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a tortura, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação, que se transfigura e se transmuta em objeto do processo e não em sujeito de direito.⁴¹

Criticando este modelo, Dalabrida, afirma:

[...] é fácil perceber, o modelo inquisitório é inegavelmente antigarantista, posto que desprovido de mecanismos capazes de conter a intervenção punitiva. Estruturado na negação do contraditório e na fusão das funções de acusar e julgar, vincula antecipadamente o juiz ao resultado do processo, comprometendo totalmente sua imparcialidade.⁴²

Acerca do sistema inquisitivo, Frederico Marques, destaca:

O sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições. Embora integrado por preceitos que visam à descoberta da verdade real, oferece ele, como notou Polansky, poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por serem psicologicamente incompatíveis, “a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal”.⁴³

40 MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18 ed. rev. e ampl. por FABRINI, Renato N. São Paulo; Atlas, 2006. p. 21.

41 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 14 ed. v. I. rev. e atual. São Paulo: 1993. p. 85

42 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 48

43 MARQUES, J. F. Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 46

Portanto, é impossível alcançar, por meio do sistema inquisitivo, a legitimidade de aplicação das práticas operativas penais; visto que o mesmo é totalmente antigarantista.

2.2.2 Sistema acusatório

Nesse sistema, o processo depende da acusação de alguém para se iniciar, e deixa a produção das provas sob a responsabilidade das partes.

Analizando o sistema acusatório, Dalabrida define:

[...] o sistema acusatório, surgido da evolução do pensamento humano, tem como essência a separação das funções de acusar, defender e julgar. O poder de decisão da pretensão punitiva é conferido exclusivamente a um juiz imparcial, necessariamente distinto daquele que dispõe do poder de iniciativa da ação penal. É fundamentalmente um processo de partes, onde não há persecução *ex officio*.⁴⁴

O sistema acusatório de processo penal tem suas origens na Grécia e em Roma, funda-se na acusação oficial, ainda que permitisse, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer do povo. Modernamente tal sistema implica em uma verdadeira relação processual entre acusador, réu e juiz, estando em pé de igualdade réu e acusação, sobrepondo-se a eles, de forma imparcial na aplicação da lei, o juiz. Após a Revolução Francesa, tal sistema foi adotado pela Inglaterra e França, sendo, atualmente, adotado na maioria dos países americanos e alguns europeus.⁴⁵

Tourinho, também, destaca as características marcantes desse sistema:

a) o contraditório, como garantia política-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo; e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.⁴⁶

44 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 43-4

45 MIRABETE, Julio Fabrini. *Op. cit.* p. 21-2

46 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 83-4

Dalabrida, tecendo comentários acerca do sistema acusatório, informa:

[...] somente é possível qualificar como compatível com uma forma democrática e conseqüentemente garantista de exercício do poder punitivo um Processo Penal estruturado sobre bases acusatórias ou, conforme o expressivo dizer da Professora Ada Pellegrini Grinover, “*no estado de direito não há outro processo possível sem ser o acusatório*”. O processo acusatório “*é sinônimo de garantismo e defesa da liberdade do imputado*”. A posição equilibrada que o juiz ocupa durante o Processo constitui garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição.⁴⁷

Sendo assim, o sistema acusatório de processo penal é o único sistema capaz de atender aos princípios fundantes do garantismo penal, uma vez que funciona pelas formas estabelecidas constitucionalmente.

2.2.3 Sistema misto

Esse sistema processual aceita tanto a fase inquisitória para a apuração dos fatos, como, posteriormente, a acusatória, que assegura maiores garantias àquele que está sendo investigado. Tal sistema consiste numa acusação formal, ocorrendo uma instrução inquisitiva (investigação preliminar e instrução preparatória); posteriormente, ocorre um juízo contraditório (julgamento).⁴⁸

Dalabrida define o sistema misto:

Derivado da junção entre os processos inquisitório e acusatório, o sistema processual penal misto era composto basicamente de duas fases procedimentais distintas, tendo como nota característica a prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta e dominada pela acusação pública e ausência de participação do imputado. Nesta etapa de instrução preliminar, deflagrada pelo Ministério Público ou pelo Juiz de Instrução, o autor do fato era mero objeto da investigação, não havendo contraditório, nem ampla defesa. O objetivo era reunir elementos de convicção que viabilizassem uma acusação, inaugurando assim a próxima fase do procedimento escalonado, onde então seria observado um contraditório público e oral entre acusação e defesa, sendo ultimado com a prolação de uma decisão recorrível. Vigorava o princípio do livre convencimento em matéria probatória, bem como igualdade de direitos entre acusação e defesa.⁴⁹

47 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 47

48 MIRABETE, Julio Fabrini. *Op. cit.* p. 22

49 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 44-5

Tourinho apresenta as fases do processo misto:

O processo, qual no tipo inquisitivo, desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar (*de la policie judiciaire*), dando lugar aos *procés verbaux*; b) a instrução preparatória (*instruction préparatoire*); e c) a fase do julgamento (*de jugement*). Mas enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não-contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal, somente as duas primeiras fases é que eram e continuam secretas e não-contraditórias. Na fase do julgamento, o processo se desenvolve *oralement, publiquement et contradictoirement*. As funções de acusar, defender e julgar são entregues a pessoas distintas.⁵⁰

O sistema misto de processo penal é ainda o sistema utilizado em vários países da Europa e até da América Latina (Venezuela). Atualmente, o processo misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local.⁵¹

Dalabrida critica o sistema misto:

O sistema misto ou napoleônico é a “encruzilhada entre as necessidades de repressão e as garantias individuais”. Fruto da união dos modelos acusatório e inquisitório, a par de representar um avanço em relação ao inquisitório, igualmente não atende aos ideais de um Estado Democrático de Direito, tanto que se prefere denomina-lo de inquisitório reformado. [...] Embora tenha criado uma fase na qual são observados os princípios que se relacionam ao sistema acusatório, mantém o juiz comprometido com a persecução criminal, ainda que em sua fase preliminar, tornando-o um autêntico investigador, circunstância que obnubila significativamente sua imparcialidade, até porque, na prática, a fase judicial se resumia à mera repetição da fase inicial.⁵²

Assim, unindo características do sistema inquisitivo e do sistema acusatório, o sistema misto busca aproximar-se de algumas práticas penais garantistas; no entanto, mantém-se, ainda, antigarantista, em função da parcialidade do julgador que participa das fases processuais de todo o sistema misto, implicando num “vício processual”.

Esses agrupamentos sistematizados de regras processuais penais são abstrações ou modelos ideais. Na atualidade não existem sistemas puros, ou seja, processos penais

50 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 86

51 RUBIANES, C. J. *Apud* MIRABETE, Julio Fabrini. *Op. cit.* p. 22

52 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 46-7

essencialmente acusatório ou inquisitório, de acordo com maior ou menor características que o individualizam.⁵³

2.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O Sistema Processual Penal tem origem no modelo de Estado que o adotou e de suas relações com seus indivíduos. O processo penal não pode se afastar dos princípios que estruturam todo o ordenamento jurídico do Estado onde foi destinado a atuar.⁵⁴

Sendo assim, Figueiredo Dias destaca:

[...] o direito processual penal é fora de toda a dúvida um dos ramos mais fortemente ideologizados, dada a direta conexão da sua temática com os pressupostos políticos fundamentais de uma comunidade e com a concepção do homem que lhe subjaz.⁵⁵

O sistema de processo penal adotado pelo legislador pátrio é de 1941, ainda em vigor; portanto, merece alguns esclarecimentos acerca de suas origens.

Dalabrida indica que:

O Código de Processo Penal vigente foi promulgado em 1941, sendo, pois contaminado pela lógica repressiva do Estado Novo, tendo como sua principal fonte de inspiração a legislação processual aplicada durante o regime fascista italiano. Deste modo, dada a íntima ligação entre poder dominante e Processo Penal, sendo parido sob a égide de um regime de exceção e sustentado em paradigma igualmente autoritário, acabou por edificar uma estrutura onde o respeito aos Direitos Fundamentais, principalmente a liberdade e igualdade, não é o valor dominante.⁵⁶

Nota-se tal confirmação na exposição de motivos presente no Código de Processo Penal:

[...] impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. (*grifamos*) As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e

53 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 47-8

54 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 48

55 DIAS, J. de F. *Apud* GERBER, D. *Apud* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 48

56 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 49

favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. (grifamos)**⁵⁷

Nessa perspectiva, o acusado é tido como possível culpado. A presunção de culpabilidade e periculosidade sobrepõem-se sobre as garantias individuais, sendo aquelas, consideradas como princípios fundamentais do processo penal pátrio em seu nascedouro. A flexibilização de tal rigor processual somente veio acontecer com a promulgação das Leis Federais 5.943/73 e 6.414/77, que promoveram algumas alterações esparsas.⁵⁸

A Constituição Federal de 1988 instaura uma nova ordem, comprometida com os ideais da democracia, fixa normas de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos e inaugura um sistema de amplas garantias constitucionais, sendo a observância de tais princípios, condição básica para atuação do Estado.⁵⁹

Diante desse novo panorama constitucional as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas por uma nova ótica, a dos direitos fundamentais e das garantias individuais, conforme destaca Dalabrida:

Diante da nova ordem estabelecida com o Texto Político de 88, é imperioso que o manejo dos instrumentos processuais penais contemplados no Código de Processo Penal e Lei Processuais Extravagantes se realize de modo a com ele harmonizar-se. A identificação de sua validade material, encontrada a partir da sua capacidade de conformação com os valores constitucionalmente consagrados, constitui-se em operação fundamental. Em outros termos, a leitura constitucional do Processo Penal é condição de Legitimidade para qualquer intervenção persecutória.⁶⁰

57 BRASIL. **Código de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 381-2.

58 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 49-50

59 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem.* p. 50

60 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem.* p. 50-1

Contudo, não bastam as garantias constitucionais inseridas no ordenamento; necessário, ainda, que os indivíduos responsáveis pela aplicação desses princípios os “movimentem”, isto é, os coloquem em prática, conforme aponta Carvalho:

Se é verdade que o sistema jurídico por si só não pode garantir nada, não pode afirmar que o jurista nada possa fazer para otimizar o modelo de garantias. É da essência da atividade dos operadores críticos a utilização dos mecanismos fornecidos pela Constituição, e das lacunas e contradições entre esta e o ordenamento inferior, para otimizar normas, gerando práticas de defesa dos direitos fundamentais.⁶¹

As garantias e princípios constitucionais terão uma aplicação efetiva a partir do instante em que os “operadores do direito” passarem a interpretar as normas pela ótica constitucional, conforme leciona Grinover:

O importante é “ler” as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com a sua letra, mas também com seu espírito.⁶²

Portanto, é preciso fazer uma leitura do sistema processual penal com os olhos da Constituição.

Sem prejuízo do que foi exposto, necessário ainda, averiguar o sistema processual penal adotado pelo Brasil – acusatório, misto ou inquisitivo.

Há fortes divergências quanto ao sistema processual penal adotado pelo legislador pátrio, a fim de apurar o cometimento de delitos. Alguns asseveram que seja misto (Tornaghi e Lauria Tucci), outros que é acusatório (Frederico Marques, Tourinho Filho, Prado, Pacceli, Rangel, Badaró e Silva Jardim), há ainda quem diga que seja inquisitivo (Coutinho).⁶³

Tourinho destaca algumas características do sistema processual penal pátrio:

[...] é eminentemente contraditório. Não temos a figura do Juiz instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a Autoridade Policial procede a uma investigação não contraditória, colhendo, à maneira do Juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria. Com base nessa investigação preparatória, o acusador, seja o órgão do Ministério Público, seja a vítima, instaura o processo por

61 CARVALHO, Salo de. *Apud* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 51

62 GRINOVER, A. P. *Apud* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 49-50

63 DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 48-9

meio da denúncia ou queixa. Já agora, em juízo, nascida a relação processual, o processo torna-se eminentemente contraditório, público e escrito (sendo que alguns atos são praticados oralmente, tais como debates em audiências ou sessão). O ônus da prova incumbe às partes, mas o Juiz não é um espectador inerte na sua produção, podendo, a qualquer instante, determinar, de ofício, quaisquer diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.⁶⁴

Aparece também características do sistema misto, uma vez que o sistema acusatório pode ser puro ou não. No Brasil o sistema processual adotado pelo ordenamento é o acusatório, porém, não em sua forma pura, pois existe uma fase investigativa denominada inquérito policial, de natureza inquisitorial, que macula a pureza do sistema acusatório.⁶⁵

Sendo assim, diante das características apresentadas, conclui-se que, o sistema processual penal brasileiro é de caráter acusatório, apesar da presença do inquérito policial de natureza inquisitiva e de outras características autoritárias oriundas do Estado Novo. O processo penal acusatório é instrumento legitimador para efetivação das práticas operativas garantistas, implica em dizer que, somente por meio dele é possível a efetividade das garantias constitucionais e direitos fundamentais, uma vez que, também, é um sistema que atende aos anseios constitucionais.

Vários doutrinadores procuram distinguir os princípios característicos do processo penal moderno, notadamente o sistema acusatório. O sistema processual penal brasileiro adota vários princípios processuais, dentre eles podemos destacar: estado de inocência, do contraditório, da verdade real, da oralidade, da publicidade, da obrigatoriedade, da oficialidade, da indisponibilidade do processo, do juiz natural e da iniciativa das partes.⁶⁶

Sem prejuízo das considerações anteriormente expostas, faz-se necessário, ainda, trazer a baila os princípios que regem o sistema processual penal pátrio e que estejam contidos na Constituição, a fim de poder averiguar as garantias constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais.

64 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 87.

65 MIRZA, Flávio. **Os Sistemas Processuais e o Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto251.doc>. Acesso em 29 mai. 2007.

66 MIRABETE, Julio Fabrini. *Op. cit.* p. 22.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS CONSTITUCIONAIS

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto no capítulo anterior acerca do garantismo penal, como sendo um sistema que visa limitar o poder punitivo do Estado em sua atuação, a fim de assegurar aos indivíduos os seus direitos básicos, considerados Direitos Fundamentais, também chamados Direitos Humanos. Necessário, então, identificar o conceito dessa categoria de direitos, os Fundamentais ou Humanos, haja vista que eles é que substanciam o conteúdo de validade das normas positivas no sistema garantista.

Antes de identificar o conceito de Direito Fundamental, julga-se necessário advertir, que não é fácil a definição de direitos humanos, pois qualquer tentativa pode resultar insatisfatória, não traduzindo a certeza e especificidade de conteúdo e abrangência.⁶⁷

Em seguida apresenta-se alguns conceitos de Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos.

Direitos Fundamentais, conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, tendo por finalidade básica o respeito a sua dignidade e sua proteção contra o

⁶⁷ NASCIMENTO, T. *Apud.* MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Ed. Atlas, 2000. p. 40.

arbítrio do poder estatal, estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.⁶⁸

Seriam, também, os direitos fundamentais, conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.⁶⁹

Direitos Fundamentais ou direitos humanos são aqueles direitos fundamentais da pessoa – considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário – que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpóreo, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas positivas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum.⁷⁰

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no transcorrer histórico dificultam a definição de um conceito mais sintético e preciso, sendo que a dificuldade para conceituar aumenta em razão da grande variedade de expressões para designar os direitos fundamentais, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas ou direitos fundamentais do homem, este último, expressão mais adequada, pois, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, designa, também, no direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁷¹

Os direitos fundamentais, na essência, são os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado, correspondendo a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam, e sempre sob o controle da lei. Podendo

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Ibidem*. p. 39.

⁶⁹ CASTRO, J. L. Cascajo.; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Apud*. MORAES, Alexandre de. *Ibidem*. p. 40.

⁷⁰ TOBEÑAS, José Castan. *Apud*. MORAES, Alexandre de. *Ibidem*. p. 40.

⁷¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 175-7.

ser classificados por meio de dois critérios. Pelo primeiro, podem ser designados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeadas e especificados na Constituição. Pelo segundo, os direitos fundamentais seriam aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada. Pela perspectiva material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra, isto é, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.⁷²

Na busca para diferenciar os termos direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem, Sarlet estabelece a distinção entre eles:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, enquanto que a expressão direitos humanos seria relativa aos documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas que se reconhece ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado. Já a expressão “direitos do homem” seria, [...] marcadamente jusnaturalista, de uma fase que precedeu o reconhecimento dos direitos no âmbito do direito positivo interno e internacional.⁷³

Portanto, define-se os direitos fundamentais, como sendo aqueles direitos básicos da pessoa humana, estabelecidos constitucionalmente, a fim da proteção contra o arbítrio estatal e particular, assegurando ao indivíduo sua liberdade e dignidade.

É necessário, também, averiguar a natureza jurídica dos direitos fundamentais e suas características.

Sendo assim, estando os direitos fundamentais inseridos na Constituição, seriam eles de natureza jurídica constitucional, conforme leciona Alexandre de Moraes:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem nos texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 515-6.

⁷³ SARLET, I. *Apud*. GUIMARÃES PESSOA, Flávia Moreira. **O livre convencimento motivado como direito fundamental**. Prática Jurídica. Brasília, Ano VI, Nº 63, p. 33-35, 30 jun. 2007.

as norma definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, §1º). Essa declaração pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torna-los eficiente (por exemplo, mandado de injunção e iniciativa popular).⁷⁴

Os direitos fundamentais apresentam várias características, das quais, podemos destacar as seguintes:

Imprescritibilidade: [...] não se perdem pela passagem do tempo; **Inalienabilidade:** não há possibilidade de transferência [...] seja a título gratuito, seja a título oneroso; **Irrenunciabilidade:** [...] não podem ser objeto de renúncia [...] como a renúncia ao direito à vida [...]; **Inviolabilidade:** impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal; **Universalidade:** a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independente de nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica; **Efetividade:** a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato; **Interdependência:** as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente; **Complementariedade:** [...] não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.⁷⁵

Apesar da natureza constitucional, encontra-se dificuldade em determinar os tipos de direitos que estariam sob o manto dos direitos fundamentais, no entanto, é necessário salientar o seguinte:

[...] os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.⁷⁶

A Constituição Federal Brasileira de 1988 classifica os direitos fundamentais da seguinte forma:

[...] **direitos individuais e coletivos:** correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...]; **direitos sociais:** caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 42.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Ibidem.* p. 41.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Ibidem.* p. 41.

sociais a partir do art. 6º; **direitos de nacionalidade:** nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos; **Direitos políticos:** conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo do status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A constituição regula os direitos políticos no art. 14; **Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos:** [...] a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.⁷⁷

Sendo assim, os direitos humanos ou direitos fundamentais são aqueles direitos que servem de alicerce a todo sistema constitucional, uma vez que “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁷⁸

Dentre as garantias supracitadas, aquelas que importam para esta investigação, encontra-se na categoria dos direitos fundamentais individuais, notadamente no art. 5º da Constituição Federal, os quais serão tratadas em seguida.

3.2 GARANTIAS INDIVIDUAIS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal de 1988 elegeu uma série de direitos e garantias fundamentais referentes ao processo penal. Os princípios do processo penal possuem uma importância muito grande nos dias atuais, não somente sobre a ótica dos direitos e garantias individuais, como também sob a perspectiva abrangente das exigências do próprio Estado Democrático de Direito e das instâncias formais e materiais que devem integrar para

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. *Ibidem*. p. 43.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 237.

prevenção e a repressão da criminalidade como objetivos para melhoria da vida social.⁷⁹ Dentre as garantias constitucionais, muitas dizem respeito à proteção do direito de liberdade v. g. as contidas no artigo 5º da Constituição Federal.⁸⁰

Os direitos e garantias individuais são assegurados a todo e qualquer cidadão, não visam a proteção dos criminosos, mas sim de toda a sociedade, pois qualquer cidadão pode ou poderá se ver diante de um processo judicial, podendo, assim, exigir a efetividade das garantias constitucionais.⁸¹

Para dar seguimento a esta investigação, é necessário, neste ponto, esclarecer o uso da expressão “garantias constitucionais”, também, chamado de “princípios constitucionais”, levando-se em conta que estes se confundem com aquelas, haja vista que o ordenamento jurídico inaugurado pela Carta Magna de 1988 define as garantias constitucionais como verdadeiros princípios regedores do sistema constitucional, sendo assim, destaca Steinmetz:

[...] que os direitos fundamentais têm natureza principal que decorre da sua dimensão objetiva. Os direitos fundamentais, nessa dimensão, apresentam-se como normas objetivas de princípio. É tão correto dizer “direito fundamental de liberdade” quanto “princípio de liberdade”, “direito fundamental de igualdade” quanto “princípio de igualdade”. A mudança de terminologia não muda a estrutura jurídico-normativa e a força vinculante. É tão correto dizer que direitos fundamentais são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas quanto dizer que os princípios são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas.⁸²

Não havendo, portanto, diferenças entre princípios e garantias, então, ao se violar uma garantia constitucional seria o mesmo que a violação de um princípio constitucional.

Sendo assim, Bandeira de Melo leciona:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não

⁷⁹ CARLIN, Marcelo. **Liberdade provisória com ou sem fiança e direito de recorrer em liberdade no processo de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/marcelo%20Carlin.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2007.

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Inc. III, XI, XII, XXXVI, XXXIX, XL, LVII, LVIII, LXIV, LXI, LXII, LXIII, LXVI.

⁸¹ CARLIN, Marcelo. *Op. cit.*

⁸² STEINMETZ, W. A. *Apud*. DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 67-8.

apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.⁸³

Dessa forma, o sistema processual penal brasileiro não é somente regulado por princípios infraconstitucionais, mas essencialmente por princípios constitucionais, garantias fundamentais que regem a política do processo penal adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.⁸⁴

Dentre os princípios constitucionais, elencados pelo artigo 5º da Constituição Federal, e aplicáveis ao processo penal, destacam-se:

- **Princípio da legalidade** – previsto constitucionalmente no inciso XXXIX da Constituição Federal: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. A fim de manter a segurança e a reintegração da ordem pública, devem os órgãos estatais persecutórios atuar, obrigatoriamente, desde que presente as condições exigidas legalmente;⁸⁵
- **Princípio do devido processo legal** – inciso LIV, “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Assegura a todos a garantia de não ser privado de sua liberdade ou da propriedade de seus bens sem a tramitação de um processo segundo a forma estabelecida em lei;⁸⁶
- **Princípio da verdade real** – princípio pelo qual o poder de punir estatal somente será efetuado contra aquele que realmente praticou a infração penal, afastando a artificialidade formal, eventualmente criada por atos, omissões, presunções, ficções, transações, busca-se sempre a realidade decorrente dos fatos.⁸⁷

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Apud*. DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 65-6.

⁸⁴ GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Princípios constitucionais do processo penal**. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/836>. Acesso em: 31 jan. 2007.

⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 40.

⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*. p. 60.

⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. *Op. cit.* p. 25.

- **Princípio da presunção de inocência** – inciso LVII, da Constituição Federal Brasileira, “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”;
- **Princípio do contraditório e ampla defesa** – A Constituição de 1988 prevê este princípio em um único inciso, LV “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”;
- **Princípio do juiz natural** – inciso LIII, da Constituição Federal, “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. Princípio do juiz natural ou juiz constitucional informa que o infrator só pode ser processado e julgado perante o órgão competente, previamente constituído;⁸⁸
- **Princípio da publicidade** – inciso LX, da Constituição Federal, “*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”, este inciso comungado com outros dispositivos constitucionais garantem aos indivíduos e a sociedade a publicidade dos atos processuais, contrapondo-se ao procedimento secreto, característica do sistema inquisitivo.⁸⁹

Todas as garantias constitucionais, quanto ao processo penal, possuem a mesma importância, no entanto, para esta investigação, destaca-se os incisos LV e LVII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, princípio da ampla defesa e da presunção de inocência.

88 MIRABETE, Julio Fabrini. *Ibidem*. p. 29.

89 MIRABETE, Julio Fabrini. *Ibidem*. p. 26.

3.3 GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Importante destacar este princípio em razão do que será abordado no próximo capítulo. Antes, torna-se necessário ratificar o que já foi dito alhures, todos os princípios constitucionais estão em pé de igualdade, não há entre eles uma hierarquia, no entanto, precisamos averiguar com maiores detalhes este princípio em razão de sua importância no sistema processual penal.

Proclamado pela Constituição Federal de 1988, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o princípio da presunção de inocência representa o ponto alto do devido processo legal.⁹⁰ Reforçando a constitucionalidade do princípio da presunção de inocência ressalte-se que foi elevado à categoria de direitos humanos em razão do Pacto de São José de Costa Rica de 1969 (Convenção Americana de Direitos Humanos) e, referida Convenção foi integrada ao ordenamento pátrio, nos termos do Dec. N. 678, de 6 de novembro de 1992. Sendo assim, esse princípio constitucional, ganha força internacional, obrigando sua efetivação no plano interno dos Estados participantes da convenção.⁹¹

A Constituição estabelece o princípio da presunção de inocência, como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, sendo garantia processual penal que visa à tutela da liberdade pessoal. Implica dizer que é necessário o Estado provar, por meio do devido processo legal, a culpabilidade de alguém pelo cometimento de um delito, já que, o princípio constitucional presume a inocência daqueles a quem é imputado um delito.⁹²

A origem do princípio da presunção de inocência coloca-se entre os postulados fundamentais da reforma do sistema penal empreendida pela revolução liberal do século XVIII, ratificado pelo artigo 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão,

⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 62-3.

⁹¹ ARAÚJO CINTRA, A. C. de.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 85.

⁹² MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 267.

promulgada em 26/08/1789: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado”.⁹³

Em 1948, o princípio foi repetido na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no artigo 11: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se provar a sua culpabilidade, conforme a lei e em julgamento público, no qual se hajam assegurados todas as garantias necessárias à sua defesa.” O princípio da presunção de inocência se expandiu pelo mundo civilizado, levado pelo pensamento jurídico-liberal, sendo adotado pelas constituições de países europeus, v.g. Itália , e latino-americanos.⁹⁴

No Brasil, como dito alhures, o princípio foi consagrado pela Constituição de 1988, inciso LVII. As Constituições Brasileira anteriores, embora generosas em relacionar garantias fundamentais da justiça repressiva, jamais haviam feito referência ao princípio da presunção de inocência.⁹⁵ Incorporado na Carta Magna, no entanto, esse princípio sempre existiu no ordenamento normativo pátrio em decorrência de outros princípios constitucionais, como o do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa. A Assembléia Constituinte de 1988 refletiu o compromisso com a necessidade de preservação do *status libertatis* das pessoas ao ratificar, expressamente, o inciso LVII.⁹⁶

A garantia constitucional da presunção de inocência tem quatro funções básicas: limitar a atividade legislativa; condicionar a interpretação das normas vigentes; impor critério de tratamento extra-processual (inocente) e, vincular o ônus da prova da prática de um fato criminoso à acusação. Assim, o princípio da presunção de inocência vincula toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação, proibindo, expressamente, a condenação sem as provas necessárias. Dessa forma, consolida o direito de não ser declarado culpado senão por meio da sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha exercido a ampla defesa e o contraditório.⁹⁷

⁹³ CARLIN, Marcelo. *Op. cit.*

⁹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 62.

⁹⁵ CARLIN, Marcelo. *Op. cit.*

⁹⁶ CARLIN, Marcelo. *Ibidem.*

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 267-8.

O referido princípio possui dois sentidos. Num é regra processual segundo a qual o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é de antemão presumida. Noutro, impede a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento da culpabilidade, exceto nos casos de absoluta necessidade.⁹⁸

Acerca do tema, Luiz Flávio Gomes enfatiza:

No processo penal, destarte, a presunção de inocência joga duplo papel. [...] “Como regra de juízo a presunção de inocência exige que toda condenação tenha por fundamento prova incriminatória e que as dúvidas sejam resolvidas em favor do réu (‘indubio pro reo’) [...] como regra de tratamento a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva, sejam utilizadas como castigos, isto é, que mais além de sua finalidade de assecuramento do escopo processual, sejam utilizadas para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena”.⁹⁹

Luiz Flávio Gomes continua citando Weber M. Batista:

[...] vale como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofre restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo “as garantias da plena defesa”.¹⁰⁰

Pode-se concluir então que, do princípio da presunção de inocência decorrem três exigências constitucionais: **a)** ônus da prova pertence com exclusividade à acusação; **b)** as provas devem ser produzidas no curso de devido processo legal, oportunizado o contraditório e ampla defesa, processando-se perante o órgão competente; **c)** valoração livre das provas pelo juiz prolator da decisão. Os princípios da presunção de inocência, do juiz natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório formam uma rede imanente de princípios constitucionais ligada ao Estado Democrático de Direito, pois somente mediante uma seqüência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, pode-se colher provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e

⁹⁸ GOMES FILHO, A. M. *Apud*. CARLIN, Marcelo. *Op. cit.*

⁹⁹ DEL ROSAL, Cobo. ANTON, Vives. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 37-8.

¹⁰⁰ BATISTA, W. M. *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 38.

técnica do acusado, com o objetivo de se obter uma decisão possível de afastar a presunção constitucional de inocência.¹⁰¹

Decorre, do princípio da presunção de inocência, a proibição de se aplicar pena de prisão antes de finalizar o devido processo legal com o respectivo trânsito em julgado, bem como a decretação de prisão preventiva ou cautelar sem que haja extrema necessidade, é o que se infere da lição de Luiz Flávio Gomes. Vejamos:

Uma das fundamentais consequências jurídicas emanadas do princípio da presunção de inocência, como vimos, consiste na proibição da utilização da pena de prisão como “castigo antecipado”. [...] No entanto referido princípio não proíbe a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendente a garantir o resultado do processo. [...] não deveria ser consentida nenhuma custódia preventiva, mas ocorre que um conjunto de considerações aconselham esta medida cautelar, [...] Infere, de outro lado, ao mesmo tempo, que a prisão cautelar é excepcional e instrumental. [...] só se justifica quando o juiz, motivadamente, demonstra seu embasamento fático e jurídico, valendo-se das provas produzidas dentro do processo. [...] Não havendo tal motivação, explicitamente demonstrada (ainda que já exista sentença condenatória recorrível), o decreto restritivo da liberdade é nulo de pleno direito e deve ser corrigido imediatamente [...].¹⁰²

Ainda na esteira de proteção da liberdade do acusado e de sua presumida inocência, Frederico Marques, aponta:

A presunção de inocência decorrente do que está expresso no art. 5º, n. LVII [...] cria para o acusado um *status* especial de respeito à sua liberdade. Não há proibição de medidas cautelares, como a prisão preventiva e a prisão em flagrante, como facilmente se infere do item LXI do art. 5º, em que há referência à prisão em flagrante e à prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Mas, proscrita está a prisão cautelar obrigatória, até mesmo após sentença condenatória recorrível. O juiz que condenou o réu em primeira instância poderá mantê-lo preso ou ordenar sua prisão, desde que motive adequadamente a decretação do *carcer ad custodiam*. A condenação pode determinar a existência do *fumus boni iuris*, mas não é suficiente para dar origem ao *periculum in mora*. E só em aglutinando esses dois pressupostos da medida coercitiva e cautelar é que ela pode ser imposta. [...] Uma vez que antes de condenação passada em julgado o acusado se presume inocente, claro está que sua prisão, antes que a *res judicata* cubra a sentença condenatória, somente será admissível nos casos indicados no citado n. LXI, do art. 5º, da Lei Maior. É que se o acusado se considera inocente, antes da sentença passada em julgado, não cabe impor-lhe o *carcer ad poenam* enquanto considerado inocente (não culpado). Apenas a prisão cautelar, ou o *carcer ad custodiam* é que ele poderá sofrer, antes que passe em julgado a sentença condenatória.¹⁰³

Decorre, ainda, do princípio da presunção de inocência, a necessidade de se separar “prisão pena” de “prisão cautelar”, como se aponta a seguir:

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 38.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 38.

¹⁰³ MARQUES, J. F. Apud. *Ibidem*. p. 38-9.

A prisão, como pena, possui certas finalidades reconhecidas por toda doutrina. [...] predominam as teorias da união (ou ecléticas, ou mistas) que atribuem finalidade retributiva e utilitária à pena, isto é, ela castiga o delito e serve também para preveni-lo.¹⁰⁴ A prisão como pena pode ter finalidade de prevenção geral – positiva ou negativa – (intimidação e integração do ordenamento jurídico) ou prevenção especial – positiva ou negativa – (ressocialização e inocuização), mas como medida cautelar jamais pode assumir tais encargos. O juiz que decreta uma prisão cautelar “para intimidar outras pessoas”, para “servir de exemplo”, está absolutamente equivocado e, pior, não está demonstrando o caráter instrumental da providência acatelatória.¹⁰⁵

Ainda em decorrência de tal garantia constitucional, conclui-se que:

O direito à presunção de inocência não é compatível com a aplicação da medida de prisão preventiva por razões de prevenção geral nem de prevenção especial positiva. A pena, enquanto meio de proteção de bens jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora e declarada que foi já a responsabilidade do argüido, pode compatibilizar-se com essas funções, não as medidas cautelares, nomeadamente a medida mais gravosa de entre todas: a prisão preventiva.¹⁰⁶

Nesse panorama é que se apresenta o princípio da presunção de inocência, uma vez que, na seara das cautelas processuais penais que refletem sobre a liberdade pessoal dos indivíduos, “todas as medidas coercitivas antes ou durante o processo só se justificam quando há extrema necessidade fundada em fatos concretos”¹⁰⁷ do contrário, não se justifica qualquer prisão de caráter automático.¹⁰⁸

3.4 GARANTIA DA AMPLA DEFESA

Este princípio constitucional é consagrado pelo artigo 5º, inciso LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Veja que o princípio da ampla defesa vem acompanhado de outro princípio, o do contraditório, pois ambos são corolários um do outro. No entanto será abordado somente o princípio da ampla defesa,

¹⁰⁴ ESPINAR, Z. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem* p. 41.

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 41.

¹⁰⁶ SILVA, G. M. da. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 41.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Apud.* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 74.

¹⁰⁸ DALABRIDA, Sidney Eloy. *Ibidem*. p. 74.

apesar de que, em alguns momentos, é difícil fazer uma distinção entre o contraditório e a ampla defesa em razão da interligação existente entre os dois princípios.¹⁰⁹

Em todo processo do tipo acusatório, como o que é adotado no sistema penal pátrio, vigora o princípio da ampla defesa, pois o acusado, pessoa contra quem se propõe uma ação penal, possui o direito constitucional da defesa, sendo que deve conhecer a acusação que lhe é imputada, para que daí possa exercer o direito de se defender contrariando a acusação, evitando, dessa forma, possa ser condenado sem ser ouvido.¹¹⁰

O Estado, por força da Constituição, tem o dever de proporcionar a todos condições para o exercício do direito de defesa, possibilitando trazer para o processo os elementos necessários ao esclarecimento da verdade. Sendo que a defesa há de ser completa, abrangendo não apenas a defesa pessoal (autodefesa), mas também a defesa técnica (efetuada por profissional detentor do *ius postulandi*), promovendo o acesso à justiça, mediante a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos mais necessitados.¹¹¹

A garantia constitucional da ampla defesa é constituída a partir dos seguintes fundamentos: (a) que o acusado tenha conhecimento claro da imputação; (b) que possa apresentar alegações contra a acusação; (c) acompanhar a produção de provas e poder contrariá-las; (d) ter defesa técnica por advogado, cuja função é essencial à Administração da Justiça; (e) **poder recorrer da decisão desfavorável.** (grifamos)¹¹²

O princípio da ampla defesa é o centro ao redor do qual se desenvolve o Processo Penal. Não se trata de mero direito, mas de uma dupla garantia: do acusado e do justo processo. É uma condição legitimadora da própria jurisdição. O princípio da ampla defesa tem reflexos importantes dentro do direito processual penal, norteados a aplicação das regras infraconstitucionais, visando a proteção e as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal. Sendo assim, alguns dispositivos do nosso Código de Processo Penal de

¹⁰⁹ ARAÚJO CINTRA, A. C. de; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Op. cit.* p. 55-7.

¹¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 48.

¹¹¹ GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. *Op. cit.*

¹¹² GRECO FILHO, V. *Apud.* GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. *Ibidem.*

1941 precisam ser analisados e relidos sob a perspectiva da Lei Maior, a fim de que as garantias da Constituição cidadã sejam plenamente efetivadas.¹¹³

Da leitura conjunta dessas duas garantias constitucionais, presunção de inocência e ampla defesa, verifica-se que havendo uma decisão penal ainda não transitada em julgada, não há que se recolher o acusado ao cárcere, pois ainda lhe resta a ampla defesa, que será exercida por meio do direito de recorrer da decisão que lhe foi desfavorável.

¹¹³ GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Ibidem*.

4. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE

4.1 RECURSO DE APELAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O sistema processual penal pátrio prevê o recurso de apelação nos artigos 593 a 606 e neste capítulo será investigado o artigo 594 que dispõe o seguinte: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.¹¹⁴

Quando foi promulgado o Decreto-lei 3.689 – Código de Processo Penal – em 3 de outubro de 1941, o artigo 594 que tratava da apelação expressava o seguinte: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”.¹¹⁵ Analisando este dispositivo em conjunto com o artigo 393, I, (ainda não revogado expressamente), que prevê o seguinte: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”, bem como o art. 669, I, que tem a seguinte redação: “Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança”.¹¹⁶

¹¹⁴ BRASIL. **Código Penal. Código de Processo Penal. Constituição Federal.** Coleção Mini Códigos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 509.

¹¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prefácio. Direito de apelar em liberdade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 17.

Vistos de forma conjunta os três dispositivos supra citados, “conclui-se que a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível representava uma provisória execução da pena”.¹¹⁷

Sendo assim, o código processual penal previa o recolhimento automático à prisão, do acusado, em caso de sentença penal condenatória. Portanto, “A exigência da prisão para apelar, destarte, era consequência lógica do sistema. O efeito suspensivo da apelação só ocorreria nas hipóteses de fiança e de livrar-se solto.”¹¹⁸ Ressalte-se que o sistema processual penal pátrio foi concebido sob a ótica autoritária do Estado Novo, recebendo influência do código de processo penal italiano, este, de contorno absolutamente fascista.¹¹⁹

Em 3 de novembro de 1967 foi promulgada a Lei n. 5.439 que promoveu alterações legislativas, pela primeira vez, depois da vigência do Código de Processo Penal, sendo eliminado do ordenamento jurídico pátrio a prisão cautelar obrigatória.¹²⁰ Acerca dessa alteração legislativa penal, pondera Magalhães Gomes Filho: “postulada vigorosamente pela doutrina, inclusive com apelo à presunção de inocência, já havia sido cogitada anteriormente pelo Anteprojeto Tornaghi e merecera elogios em face do exagero de juízes em utilizar o instituto”.¹²¹

O legislador pátrio promoveu novas alterações no Código de Processo Penal com a Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, dando nova redação ao art. 594, que passou a vigorar dispondo o seguinte: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.¹²²

Dessa forma, deu-se nova configuração acerca dos requisitos para o exercício do recurso de apelação, sendo que “o recurso de apelação, além das duas hipóteses que

¹¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 17.

¹¹⁹ GOMES FILHO, A. M. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 17.

¹²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 19.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 19.

¹²² GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 20.

figuravam na redação original (fiança e direito de livrar-se solto), passou a ter efeito suspensivo também no caso de condenado primário e de bons antecedentes”.¹²³

Apesar dos novos requisitos para o exercício do recurso de apelação, havia entendimentos contrários a essa nova sistemática. Alegava-se que a regra continuava sendo a prisão, interpretação jurisprudencial majoritária, mas, no entanto, levemente abrandada, já que o réu primário poderia apelar sem recolher-se à prisão, desde que possuísse bons antecedentes.¹²⁴

A partir da Lei 5.941/73 até o aparecimento da Lei 7.210/84, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença tinha caráter de execução provisória da pena. O acusado condenado que não preenchesse os requisitos (fiança, livrar-se solto, primário e de bons antecedentes) era automaticamente submetido à prisão, só daí poderia exercer o direito de apelar. No entanto, por força do artigo 105 da Lei 7.210/84 desapareceu a provisória execução da pena, uma vez que a sentença só poderia ser executada a partir de trânsito em julgado.¹²⁵

Inicialmente, pelo sistema do Código de Processo Penal pátrio, a prisão para apelar era efeito automático da sentença penal condenatória recorrível. Atualmente tem-se verificado a tendência do legislador em suavizar o sistema processual penal, com apelo ao princípio da presunção de inocência por parte da doutrina.¹²⁶

Dessa forma, a regra do artigo 594 do Código de Processo Penal comporta três exceções: a) fiança; b) direito de livrar-se solto e c) quando se trata de condenado primário e de bons antecedentes. Portanto, fora dessas hipóteses, a prisão é automática, ou seja, imposta por força de lei, por força de presunção legal, por força de uma necessidade reconhecida

¹²³ BATISTA, W. M. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 20.

¹²⁴ BARRETO, J. M. *Apud.* BATISTA, W. M. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 20.

¹²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*

¹²⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 17.

abstratamente pelo legislador.¹²⁷ Por conseguinte, o réu condenado que não preencher os requisitos do artigo 594 do CPP terá que se recolher à prisão para poder exercer o direito de recorrer (duplo grau de jurisdição e ampla defesa), mesmo a lei maior o presumido inocente, fato que contraria explicitamente as regras constitucionais, portanto, antigarantista, pois deixa de considerar o direito fundamental da presunção de inocência.

A doutrina e os tribunais acirram diversas discussões acerca da natureza jurídica do art. 594, do CPP, e sua adequação frente à norma constitucional da presunção de inocência, portanto, faz-se necessária uma análise desse dispositivo à luz do direito penal mínimo que, significa “mínima intervenção estatal, com as máximas garantias”.¹²⁸

4.2 NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PARA APELAR

Como dito alhures, a natureza jurídica da prisão para apelar tem sido objeto de acirrada discussão entre os juristas e a jurisprudência. Alguns alegam ter ela efeito automático da condenação recorrível, outros, que ela é prisão cautelar obrigatória, execução provisória da pena, regra procedimental de condição da apelação, prisão provisória de natureza processual ou, simplesmente, prisão cautelar. Vejamos cada um desses posicionamentos.

4.2.1 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como Efeito Automático da condenação

Existem posicionamentos interpretando a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como efeito automático da condenação, uma vez que o réu, não

¹²⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 22.

¹²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 20-1.

preenchendo os requisitos do art. 594 do CPP, deve ele obrigatoriamente recolher-se ao cárcere para poder impetrar o recurso de apelação.

Luiz Flávio Gomes destaca muito bem essa questão:

De acordo com o sistema original do CPP a necessidade de se recolher à prisão para poder apelar foi disciplinada como “efeito automático da condenação recorrível”. É o que expressamente está reconhecido no art. 393, I, bem como no art. 594. Hoje só não incide automaticamente tal exigência em três hipóteses: a) fiança; b) direito de livrar-se solto e c) quando se trata de condenado primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença. Fora dessas hipóteses, pelo sistema do Código de Processo Penal, a prisão é automática, isto é, é imposta por “força de lei”, por “força de presunção legal”, por “força de uma necessidade reconhecida abstratamente pelo legislador”, não sendo necessário que o juiz dê fundamentação específica que a justifique. Basta a sentença condenatória e a prisão emerge como efeito automático, derivado da lei.¹²⁹

São muitos os posicionamentos doutrinários que aceitam a aplicação automaticamente da prisão prevista no art. 594 do CPP.

Sendo assim, ensina Batista:

[...] deve-se afastar a idéia de que o art. 594 do CPP impede que o réu reincidente ou de maus antecedentes recorra em liberdade da decisão que o condenou por crime mais grave porque o presume culpado: **ele o faz porque o presume perigoso** [...] (*grifamos*) Nada impede [...] que o legislador afirme antecipadamente, com base na natureza do crime, nas qualidades do agente, na repercussão do fato, ou em outros elementos semelhantes, a necessidade ou conveniência da medida cautelar, havendo inúmeros exemplos, a respeito, na **legislação ordinária**. [...] (*grifamos*) a reincidência e os maus antecedentes são capazes de gerar uma **presunção absoluta de periculosidade** [...] (*grifamos*) a constituição proíbe juízo de culpabilidade, não de periculosidade... o art. 594 consagra uma conquista do processo penal brasileiro, ao permitir que os réus condenados, salvo exceções, recorram em liberdade da decisão de 1º grau [...] de qualquer modo, crítica à parte, o inciso XLIII, referido, mostra que é constitucional o estabelecer, antecipadamente, com base na natureza do fato ou em outros elementos semelhantes, hipótese onde a prisão cautelar é necessária [...]¹³⁰

Em semelhante posicionamento, afirma Damásio de Jesus:

O legislador ordinário entendeu que, havendo uma sentença condenatória julgando o réu culpado, é necessário, para que possa apelar, que se recolha à prisão. Atende-se aos dois requisitos do princípio do estado de inocência: natureza cautelar da medida e sua necessidade (esta determinada pelo legislador)¹³¹

Referido autor ainda destaca:

O princípio do estado de inocência visa a impedir que antes de a sentença condenatória transitar em julgado sejam determinadas contra o acusado medidas de coerção pessoal de sua liberdade que não se revistam de natureza cautelar e do

¹²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 22.

¹³⁰ BATISTA, W. M. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 21-2.

¹³¹ JESUS, Damásio E. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 23.

requisito da necessidade (i. e., que sofra a chamada “pena antecipada”). Não atinge, pois, as medidas “cautelares” que o legislador ordinário ou o juiz entende “necessárias” para a aplicação da lei penal [...]. É inegável que no art. 393, I, do CPP, há uma providência cautelar, qual seja a prisão do condenado, que tem, como afirma Romeu Pires de Campos Barros, a finalidade de “assegurar o resultado do processo principal, ou seja, tornar possível a relação executiva penal, com o cumprimento da sanção imposta” [...]. **Nos arts. 408, § 1º, e 594 do CPP, o legislador, antes da condenação definitiva, considerou necessária a prisão do réu para prosseguimento do processo ou para apelar** (grifamos), respectivamente, a não ser quando aprese os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes.¹³²

Quanto ao princípio do estado de inocência, conclui Damásio:

[...] não impede que sejam determinadas medidas contra o réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que, de conteúdo cautelar, sejam provisórias e necessárias [...] **Tal necessidade pode decorrer de apreciação concreta ou abstrata.** (grifamos) No primeiro caso, cuida-se de consideração do juiz durante a instrução criminal [...] no segundo pode ocorrer que o próprio legislador, em face da natureza do delito, de circunstâncias sociais etc. entenda conveniente, *a priori*, o estabelecimento de certas medidas cautelares de ordem processual penal [...].¹³³

Sendo a prisão automática, efetuada antes do trânsito em julgado da sentença, com base na absoluta ou na relativa presunção de periculosidade do condenado, fere o princípio constitucional da presunção de inocência¹³⁴, uma vez que:

Nenhuma presunção emanada do legislador infraconstitucional pode prevalecer sobre a presunção constitucional. Estabelecido qualquer conflito entre elas, é patente que goza de primazia a presunção da Lei Maior, que ocupa posição hierárquica superior, consoante a teoria piramidal de Kelsen. O legislador não pode “presumir” fatos ou a culpabilidade ou a periculosidade do imputável. Se os arts. 393, I, e 594 do CPP encontram fundamento numa “presunção legal” (de periculosidade ou de que o condenado pode fugir), inquestionável é a conclusão de que não foram recepcionados pela atual constituição, posto que conflita frontalmente com a presunção (constitucional) de inocência.¹³⁵

Portanto, “Nenhuma prisão pode ser ‘automática’. Ressalvado o flagrante, é sempre necessário que o juiz fundamente (especificamente) seu ato. Em face das garantias asseguradas ao cidadão pela Constituição da República”.¹³⁶

Quanto à prisão para recorrer, Grinover, Scarance e Magalhães afirmam:

¹³² JESUS, Damásio E. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 23.

¹³³ JESUS, Damásio E. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 23.

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 24.

¹³⁵ KARAN, M. L. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 24.

¹³⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 24.

[...] sua decretação não pode ser automática, diante do reconhecimento da existência do crime e de sua autoria, mas deve resultar, ainda, da apreciação sobre a presença do *periculum libertatis*, que autoriza excepcionalmente a prisão antes de uma condenação definitiva.¹³⁷

Diante dos argumentos supracitados, verifica-se, portanto, que a prisão, em decorrência da sentença condenatória recorrível como efeito automático da condenação, é uma antecipação de pena, fato que contraria frontalmente os princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, sendo assim, torna-se uma prática penal antigarantista.

4.2.2 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como Prisão Cautelar Obrigatória

Não sendo a prisão para poder apelar efeito automático da sentença penal condenatória, seria, então, Prisão Cautelar Obrigatória. Também não encontra base constitucional este posicionamento, pois é fundada num juízo abstrato (necessidade) considerado pelo legislador, que tende a uma inevitável prisão obrigatória.¹³⁸

Sendo assim:

O legislador não pode, antecipada e abstratamente (dispensando o juiz de qualquer fundamentação específica), considerar esta ou aquela situação como suficiente para a decretação de uma medida cautelar, principalmente quando de medida pessoal coercitiva se trata. Admitir essa “necessidade abstrata” (consoante critérios do legislador) significa conceber prisão obrigatória (porque o juiz não poderia questionar os critérios legais nem teria necessidade de fundamentar a decretação da prisão), o que é um retrocesso porque essa modalidade de prisão está abolida entre nós desde 1967 (pela Lei 5.349). A prisão obrigatória (bem como a automática), de outro lado, porque fundada em alguma presunção (de fuga, de periculosidade etc.), também conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência. [...] viola o princípio constitucional (art. 5º, inc. LXI) que exige “fundamentação” de toda prisão, [...] fundamentação aqui significa exposição do “motivo fático” assim como do “motivo jurídico” que justifiquem a medida cautelar.¹³⁹

¹³⁷ GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 24.

¹³⁸ CANGUÇU DE ALMEIDA, C. E. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 24.

¹³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 24.

Magalhães Gomes destaca:

[...] não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do *periculum libertatis* [...] constituem modalidades de prisão obrigatória inconciliáveis com a presunção de inocência a medida prevista no art. 594 do Código de Processo Penal, no que se refere aos condenados reincidentes ou portadores de maus antecedentes, bem como o recolhimento necessário à prisão previsto no art. 35 da Lei n. 6.368/76.¹⁴⁰

Frederico Marques salienta:

[...] a aplicação do art. 393, do Código de Processo Penal, e do art. 20, da Lei 6.368/76, não sendo execução provisória, apenas medida cautelar, na verdade se traduziria em autêntica prisão preventiva obrigatória, o que, também viola o princípio constitucional de inocência. [...] Essa captura obrigatória implica em admitir-se que a só declaração de culpabilidade, ainda em julgado, constituiria razão suficiente para o *carcer ad custodiam* – o que não é exato, consoante será demonstrado [...].¹⁴¹

Ainda, quanto à prisão preventiva obrigatória, salienta Frederico Marques:

[...] está em dissonância com o espírito da presunção de inocência, como bem afirmou MARIO PISANI, tanto mais que (tal como acontece no Direito brasileiro) a Constituição italiana impõe decisão judicial motivada para a prisão do acusado, o que implica em fundamentar, caso por caso a medida detentiva cautelar [...].¹⁴²

Concluindo, afirma Frederico Marques:

Se alguém para ser preso necessário é que haja “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (Constituição Federal, art. 5º, n. LXI), fica excluído, como salienta MARIO PISANI, “*ogni apriorismo contra reum*”, porquanto obriga o magistrado, em caso por caso, à necessária valoração sobre a oportunidade de impor limitações à liberdade do réu [...].¹⁴³

A prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como prisão cautelar obrigatória tem por fundamento uma presunção legal derivada da possibilidade do réu, tendo contra si uma condenação, empreender fuga. Cai por terra tal posicionamento uma vez que o legislador infraconstitucional não pode estabelecer presunções acima daquela prevista constitucionalmente – princípio da presunção de inocência – portanto, a prisão cautelar

¹⁴⁰ GOMES FILHO, A. M. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 25.

¹⁴¹ MARQUES, J. F. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 25.

¹⁴² GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 25-6.

¹⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 26.

obrigatória estaria, também, sendo frontalmente contrária ao princípio constitucional da presunção de inocência, tornando-se uma prática operativa penal antigarantista.

4.2.3 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como Execução Provisória da Pena

Muitos doutrinadores alegam que a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível é de natureza de execução provisória da pena, ou seja, que deveria o réu recolher-se ao cárcere, para ir cumprindo a pena que lhe foi imposta, enquanto aguarda o desenrolar do recurso de apelação; visto desta maneira, não teria o recurso de apelação o condão de suspender a execução da sentença.

Afrânio Silva Jardim discorre acerca do tema:

É comum encontrarmos, na grande maioria de nossos melhores autores, a afirmação de que a prisão decorrente de sentença recorrível tem natureza cautelar, e, por conseguinte, é uma espécie do gênero prisão provisória. No sentido acima assinalado, veja-se, por todos, a posição doutrinária do ilustre professor Romeu de Campos Barros em seu excelente livro *Processo Penal Cautelar*. Nota-se uma incontida repulsa dos mais renomados especialistas em admitir, no processo penal, a chamada execução provisória, tão comum no processo civil. Alguns vêem na execução provisória penal um instituto prejudicial aos réus que começariam a cumprir pena antes da apreciação de seu recurso pela superior instância. Assim torna-se imperioso afastar esta falsa impressão, incorporada à doutrina do Direito Processual Penal, resultante mais de uma visão errônea dos efeitos do instituto do que uma interpretação científica e sistemática do processo.¹⁴⁴

Referido jurista continua, reforçando o seu posicionamento contrário a provisoriedade da execução da pena, nos seguintes termos:

[...] bem examinada a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível, vamos constatar que nenhuma das características acima mencionadas nela estão presentes, ao menos no sentido estrito que as compreendemos. Em verdade, tal

¹⁴⁴ JARDIM, A. S. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 26.

prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação. Fácil perceber que esta prisão não visa a prevenir danos prováveis (“periculum in mora”), pois a prisão se efetiva independentemente de qualquer consideração outra que não os pressupostos objetivos alinhados na regra do art. 594 do CPP, que devem estar presentes apenas no momento da medida coercitiva. Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita a condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado (“fumus boni iuris”), mas o reconhece expressamente, declarando-o. Finalmente, também não vemos a marca da provisoriedade (“rebus sic stantibus”), já que a sentença de mérito não se alicerça em fatos ou situações eventuais ou passageiras, pois é definitiva, no sentido processual. A sentença penal condenatória não é prolatada para ter eficácia subordinada ao resultado de um outro processo satisfativo [...].¹⁴⁵

O ilustre processualista citado fala em consonância ao teor do art. 669, I, do CPP: “Só depois de passar em julgado será exeqüível a sentença, salvo: I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a [sic] prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança”. Portanto, referido dispositivo aceitava a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, recebendo, o acusado, o mesmo tratamento que o condenado definitivo.¹⁴⁶

No entanto, a Lei 7.210/84 (Lei da Execução Penal) entrou em vigor em 1984, daí em diante não é conveniente conceber a existência da execução provisória da pena, pois o artigo 105, de referida lei, revogou o artigo 669, I, do CPP.¹⁴⁷ O artigo 393, I, do Código de Processo Penal também perdeu sua força normativa em razão do artigo 105 da Lei 7.210/84.

Tourinho Filho discorre a respeito:

Quanto ao prévio recolhimento do réu à prisão, nos termos do art. 393, I, do CPP, inobstante exigido pelos nossos Tribunais, quando o crime for inafiançável e o réu não for primário ou não tiver bons antecedentes (conjugação do art. 393, I, com o art. 594 do CPP), estamos que hoje tal disposição perdeu sua razão de ser. É que, quando da elaboração do CPP, considerava-se tal prisão como uma provisória execução da pena, tal como prevista no art. 669, I, do CPP. Entretanto, com a Lei de Execução Penal exigindo no seu art. 105 o trânsito em julgado para o início da execução, não faz sentido o recolhimento prévio à prisão [...] a não ser que se demonstre sua necessidade.¹⁴⁸

¹⁴⁵ JARDIM, A. S. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 26-7.

¹⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 27.

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 27.

¹⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 28.

Portanto, até o aparecimento da Lei de Execução Penal, o recolhimento à prisão tinha a natureza de “execução provisória da pena”, o que afronta a Carta Magna de 1988 em seu princípio da presunção de inocência.¹⁴⁹

No mesmo posicionamento, Castanho Carvalho aponta que “esta prisão não é constitucionalmente admitida; não se enquadra nas modalidades de prisão aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito natural de liberdade”.¹⁵⁰

José Frederico Marques arremata:

[...] tornou-se inconcebível a execução provisória da pena. Em primeiro lugar porque a apelação tem efeito suspensivo; em segundo lugar porque a execução provisória da condenação penal está em conflito com o postulado constitucional da presunção de inocência do acusado, antes da coisa julgada.¹⁵¹

Dessa forma, diante dos argumentos acima apresentados, a prisão, para apelar como de natureza de execução provisória da pena, torna-se uma prática penal antigarantista, uma vez que tal procedimento fere frontalmente os direitos fundamentais, no que diz o princípio constitucional da presunção de inocência, já que submete o réu ao cárcere tendo ainda uma sentença não transitada em julgado e impõe requisito ao exercício da ampla defesa.

4.2.4 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como Regra Procedimental Condicionante da apelação

Há quem sustente a prisão para apelar como sendo um requisito necessário para o exercício do recurso de apelação, dentre eles Mirabete, sendo seu ponto de vista assim resumido:

¹⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 28.

¹⁵⁰ CARVALHO, L. G. G. C. de. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 28.

¹⁵¹ MARQUES, J. F. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 28.

[...] a regra é a de que o juiz determine a expedição de mandado de prisão quando imposta pena privativa de liberdade, não suspensa [...] a apelação, portanto, não tem em princípio, efeito suspensivo [...] a ordem de recolher-se à prisão para possibilitar o processamento do recurso não significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. As regras constitucionais citadas apenas impedem que seu nome seja inscrito no rol dos culpados [...] É na lei processual que se verificam quais as hipóteses em que a liberdade provisória pode ser admitida, nada impedindo que se obrigue o condenado, na ausência dos requisitos legais, a ser recolhido à prisão para aguardar o julgamento do apelo, como uma das hipóteses de prisão provisória, semelhante à prisão em flagrante, à prisão temporária e à prisão preventiva. A Constituição permite a custódia por ordem da autoridade judiciária e o art. 594 não contempla interpretação extrema e nem aplicação limitada quando prevê o recolhimento do réu condenado à prisão: é regra procedimental condicionante do processamento da apelação, não foi derogada pelo art. 5º, LVII, da CF de 1988, está fundamentada pela sentença condenatória e não ofende a garantia constitucional de ampla defesa [...]¹⁵²

Outro que participa da idéia de que a prisão para apelar é uma condição procedimental para impetrar a apelação é, Jesus Costa Lima que tem o seguinte pensamento:

O recolhimento à prisão, para poder apelar, longe está de significar que, antecipadamente, o acusado é considerado culpado, mas uma custódia provisória, condição procedimental, que não ofende a garantia da ampla defesa [...] inexistente incompatibilidade entre a garantia constitucional da presunção de inocência e as formas de prisão previstas na legislação processual penal [...] pode a lei, assim, indicar os casos em que não será admitida a liberdade provisória, ou só admitir a liberdade provisória nas hipóteses que menciona, embora o réu não seja, ainda, considerado culpado, conceito só aplicável com trânsito em julgado de sentença condenatória (inc. LVII).¹⁵³

Contrário à posição, Luiz Flávio Gomes critica a regra condicionante da apelação, nos seguintes termos:

Como se percebe, a prisão como “regra condicionante da apelação” deriva de imposição legal, tem por base a pura existência da “sentença condenatória”. É a lei que a determina. Prisão por “força de lei”, que desobrigue o juiz de fundamentá-la, é prisão automática ou obrigatória. Se não ofende a presunção de inocência ou a ampla defesa, indiscutivelmente ofende o princípio da necessidade de fundamentação da prisão, inscrito no art. 5º, inc. LXI. Nossa Constituição, em tal preceito, não exige tão-somente “ordem de autoridade judiciária”. Só isso não basta. Ainda é preciso que a ordem seja “fundamentada”. E fundamentada não genericamente, tendo-se por base exclusivamente a sentença condenatória recorrível. Esta decide a pretensão punitiva estatal, reconhece o delito, dá como certa a autoria. Mas para justificar constitucionalmente a prisão, desde logo, cabe ao juiz dar os motivos fáticos e jurídicos específicos da medida cautelar. É muito cômoda (para o magistrado) e enganadamente autoritária, abusiva e inconstitucional a admissão de que a prisão já está justificada com o só ato da sentença. Decidir o mérito da causa é uma coisa e para tanto basta a presença do *fumus boni iuris*. Decretar a prisão cautelar é outra e esse ato exige a demonstração do *periculum libertatis*, isto é, é preciso que o juiz, na sentença, aponte os motivos fáticos e jurídicos que demonstrem que a prisão cautelar é necessária.¹⁵⁴

¹⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 674-5.

¹⁵³ COSTA LIMA, J. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 29.

¹⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 29-30.

Acertadamente, o Juiz José Kallás, em voto proferido no Hábeas Corpus n. 1733, 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, se manifesta:

Como pena que é, resta indubitado que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível viola o princípio constitucional da presunção de não-culpa, estabelecido no art. 5º, inc. LVII, da Carta de 1988 [...] o recolhimento à prisão ou a prestação de fiança ou a primariedade ou boa antecedência são meras condições de admissibilidade do recurso de apelação, incompatíveis com os princípios do contraditório e ampla defesa, na medida em que estabelecem, para o exercício de um direito processual assegurado na Constituição, o início do cumprimento de pena ainda não definitivamente imposta. Além de irrazoável e ilegítima, a exigência introduzida esbarraria, já por si, como acima se salientou, na vedação do inc. LVII, do art. 5º, da Carta de 1988.¹⁵⁵

O mesmo juiz, resumidamente, ao final do seu voto, afirma que “como execução provisória da pena privativa de liberdade imposta, o recolhimento da paciente afronta o art. 5º, inc. LVII; como condição de admissibilidade do recurso, ofende igualmente o art. 5º, inc. LV, também da Constituição da República”.¹⁵⁶

O posicionamento que considera a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível como sendo regra procedimental condicionante para apelar, também, não prospera, uma vez que impõe ao réu requisitos não contemplados pelos princípios constitucionais da presunção de inocência e ampla defesa, tornando-se, portanto, uma prática penal antigarantista, pois fere frontalmente direitos fundamentais previstos na Constituição.

4.2.5 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como Prisão Provisória de natureza processual.

¹⁵⁵ KALLÁS, J. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 40.

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 40.

Existem aqueles que consideram a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como prisão provisória de natureza processual, em razão de a sentença condenatória ser um ato decisório produzido no transcorrer processual, a exemplo da pronúncia e outros. Para ilustrar o ensinamento, Luiz Flávio Gomes cita Tucci:

[...] não se pode confundir a prisão provisória tipicamente cautelar com a de natureza processual. A prisão em flagrante, a preventiva e a temporária são tipicamente cautelares. A que deriva de pronúncia ou sentença recorrível possui natureza processual. As primeiras são cautelares “porque têm por finalidade a assecuração de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a preservação da aplicação da lei penal [...] as outras duas – decorrente de decisão de pronúncia e resultante de sentença condenatória recorrível, tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual”¹⁵⁷

Ainda, citando Tucci, Luiz Flávio Gomes continua:

[...] somente com relação às primeiras, ou seja, quando for caso de prisão provisória tipicamente cautelar, é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional analisado (art. 5º, inc. LVII) [...] já agora, todavia, a prisão de natureza processual, decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, não tem como se manter perante o examinado regramento constitucional, sobretudo por significar antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado, de todo inadmissível.¹⁵⁸

Contrariando a prisão para apelar como prisão provisória de natureza processual, há de concluir-se que “restam de todo ineficazes ante a preceituação constitucional os artigos 393, I, 408, § 1º, e 594 do Código de Processo Penal, e 35 da Lei n. 6.368, de 1976 e, de outro lado, somente com base na distinção elaborada pode-se compreender o enunciado da Súmula n. 9 do STJ”.¹⁵⁹

Essa tentativa de conformar a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como sendo prisão provisória de natureza processual, também é inválida, pois não se insere no quadro típico de prisões cautelares, tais como a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária, uma vez que estas, devidamente fundamentadas, podem ser decretadas. Portanto, a prisão para apelar como sendo prisão provisória de natureza processual, também, é

¹⁵⁷ TUCCI, R. L. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 30-1.

¹⁵⁸ TUCCI, R. L. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 31.

¹⁵⁹ TUCCI, R. L. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 31.

prática penal antigarantista, uma vez que fere princípios constitucionais, ampla defesa e presunção de inocência.

4.2.6 Prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível como Prisão de natureza cautelar

Após o advento da Constituição Cidadã de 1988, muitos juristas passaram a defender a prisão derivada de sentença recorrível como sendo prisão de natureza cautelar, i. é, podendo ser aplicada somente no caso de extrema necessidade.¹⁶⁰ Igualando-se à prisão em flagrante, preventiva e a temporária, mas desde que devidamente fundamentada pelo juiz.

Nessa esteira de pensamento, Tourinho Filho destaca:

[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela. Assim, por exemplo, condenado o réu, seja ele primário ou reincidente, tenha ou não tenha bons antecedentes, se estiver se desfazendo de seus bens, numa evidente demonstração de que pretende fugir a eventual sanção, justifica-se sua prisão provisória. Do contrário, não. Desse modo, a regra contida no art. 594 do CPP tornou-se afrontosa à Constituição. [...] o princípio da presunção de inocência espelha o direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários ditados por evidente cautela.¹⁶¹

Sendo assim, Tourinho Filho enfatiza:

[...] toda prisão que antecede a uma condenação definitiva se reveste de indisfarçável caráter cautelar, e sua necessidade descansa numa dessas circunstâncias: preservação da ordem pública, preservação da instrução criminal e, finalmente, garantia da execução da pena.¹⁶²

Não se admite a prisão derivada de sentença condenatória recorrível como sendo medida automática, obrigatória ou presumida ou, ainda, como pena antecipada, tudo, em razão do inciso LVII do artigo 5º Constitucional.¹⁶³

¹⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 31.

¹⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 63-4.

¹⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 31-2.

¹⁶³ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 32.

Sendo assim, à procura do fundamento para legitimar a decretação da prisão para apelar, Tourinho Filho leciona:

De observar-se, contudo, que nas hipóteses dos arts. 408, §2º e 594, todas do CPP, presume-se, em face da vida anteacta do acusado, a necessidade da sua prisão provisória. Já na hipótese do art. 312 do CPP, há necessidade comprovação [...] nas hipóteses antes lembradas cuida-se de mera presunção: presume-se que ele vai fugir [...] A lei infraconstitucional e o direito pretoriano, entretanto, não podem estabelecer presunções contrárias ao réu e que superem a presunção de inocência, dogma constitucional, como ensina a doutrina. Não basta, pois, mareada vida anteacta do réu. É preciso que se demonstre, também, a necessidade dessa prisão, com as vistas voltada para o art. 312 do CPP, vale dizer, é preciso haja, nos autos, elementos que conduzam o Juiz ao temor de que o réu está querendo escapar à punição [...] não basta que o autor do crime inafiançável seja reincidente ou tenha maus antecedentes, para que não possa apelar em liberdade, ou para que não possa aguardar em liberdade seu julgamento pelo Tribunal do Júri. Nesses casos, em face da sua vida pretérita, presume-se sua fuga. Todavia, se a Constituição proclama a presunção de inocência daquele não definitivamente condenado, não faz sentido possa a lei infraconstitucional ou o direito pretoriano estabelecer presunções contrárias ao réu. Tal não quer dizer não possa o pronunciado ou condenado ser preso. Pode [...] mas é preciso que fique demonstrada e aqui está o *punctum dolens* [...] é preciso que fique demonstrada a necessidade do encarceramento provisório, nos termos do art. 5, LXII, da CF, sob pena de se admitir, estupidamente, uma antecipação de pena, ainda não definitivamente imposta, ou prisão processual obrigatória.¹⁶⁴

Magalhães Gomes Filho demonstra que há necessidade de se provar o fundamento que legitima a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, demonstrando-se perfeitamente os fatos que a justifiquem. Vejamos:

[...] senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada... o que importa ressaltar [...] é a imperatividade da declaração expressa dos motivos que ensejam a restrição da liberdade individual no caso concreto, tanto nas hipóteses em que há pronunciamento jurisdicional prévio [...] como na convalidação da prisão em flagrante [...] é indispensável que o juiz demonstre a tipicidade do fato e a sua real existência, apontando as provas dos autos através das quais se formou a sua convicção [...] sendo indispensável que se demonstre cabalmente a ocorrência de fatos concretos que indiquem a necessidade da medida por exigências cautelares de tipo instrumental ou final.¹⁶⁵

Grinover, Scarance e Magalhães confirmam a natureza cautelar da prisão derivada de sentença condenatória recorrível, quando comentam “A falta de efetiva apreciação da necessidade de cautela”,¹⁶⁶ pois “importará, também quanto à prisão decorrente de sentença

¹⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 32.

¹⁶⁵ GOMES FILHO, A. M. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 32-3.

¹⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 33.

condenatória recorrível, vício de fundamentação, capaz de fazer incidir a sanção de nulidade por desatendimento aos preceitos constitucionais já indicados”.¹⁶⁷

Sendo assim, Edgard Silveira Bueno Filho, pondera:

[...] todas as decisões que confirmam ou restrinjam direitos, possibilitem constrangimento ou sejam detrimntosas ao exercício da liberdade, provisórias ou definitivas, administrativas ou jurisdicionais [...] serão inválidas quando não se apresentem com a necessária fundamentação.¹⁶⁸

Das características supra-apresentadas acerca da natureza jurídica da prisão derivada de sentença condenatória recorrível, a que mais se aproxima de uma ótica garantista – aplicação mínima do direito penal e direito processual penal – destaca-se a natureza cautelar como sendo a da prisão derivada de sentença condenatória, no entanto, tal cautela deve ser de extrema necessidade, com obediência máxima às garantias individuais previstas constitucionalmente pois, a aplicação de tal instituto interfere num direito humano fundamental, a liberdade, protegida pela constituição.

Portanto, a aferição dos requisitos que confirmam a necessidade de aplicação dessa medida cautelar extremada deve ter sua fonte no bojo processual, pois é por meio da garantia constitucional do devido processo legal, que é assegurada a presunção de inocência, sendo que o juiz deve analisar caso a caso a conveniência da prisão ora assinalada.

4.3 VIGÊNCIA DO ARTIGO 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Paralelo à discussão da natureza jurídica da prisão para apelar, outro assunto que gera muitos embates doutrinários e nos Tribunais é acerca da vigência do artigo 594 do Código de Processo Penal Brasileiro. Afinal de contas, o referido artigo foi ou não

¹⁶⁷ GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 33.

¹⁶⁸ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 33.

recepção pela Constituição Federal de 1988? Vários são os posicionamentos pró e contra a vigência do dispositivo.

Basicamente existem duas correntes que estudam a vigência do referido dispositivo legal: corrente preservacionista – o artigo 594 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 –; corrente não preservacionista – o artigo 594 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O posicionamento da corrente preservacionista pode assim ser resumido:

[...] o entendimento pretoriano vitorioso, principalmente no STF e no STJ, foi construído no sentido de que o art. 594 do CPP foi recepcionado pelo novo ordenamento jurídico-constitucional, não conflitando com o princípio da presunção da inocência. Cuida-se, como se vê, de corrente preservacionista porque entende que o mencionado artigo não teve sua vigência afetada. A Súmula n. 09 do STJ bem expressa essa posição jurisprudencial predominante, *in verbis*: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.¹⁶⁹

Portanto, estando o artigo 594 em pleno vigor, irradia os legais efeitos de seu dispositivo.

Para arregimentar a tese de vigência do artigo, os preservacionistas, basicamente, se posicionam pela aplicação da prisão para poder apelar, pleiteando ela como efeito automático da sentença penal condenatória¹⁷⁰, ou prisão cautelar obrigatória¹⁷¹, ou execução provisória da pena¹⁷², ou como regra procedimental condicionante da apelação¹⁷³, ou prisão provisória de natureza processual.¹⁷⁴

Resumidamente, a corrente preservacionista, defende:

¹⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 35.

¹⁷⁰ Cf. item 4.2.1.

¹⁷¹ Cf. item 4.2.2.

¹⁷² Cf. item 4.2.3.

¹⁷³ Cf. item 4.2.4.

¹⁷⁴ Cf. item 4.2.5.

[...] a plena compatibilidade do art. 594 do CPP com o princípio constitucional da presunção de inocência, afirmando que a prisão decorrente de sentença recorável “é de índole processual”, “é regra procedimental”, que o princípio só tem aplicação “no campo do ônus da prova”, que o art. 594 “presume uma situação de necessidade” que a “periculosidade é presumida”, que “a prisão se funda na sentença” etc.¹⁷⁵

Percebe-se, então, que esta corrente preservacionista é anti-garantista, pois tenta blindar o artigo 594 do Código de Processo Penal contra qualquer inconstitucionalidade que possa ser suscitada, tornando-se insensível e inflexível às mudanças constitucionais a partir de 1988.¹⁷⁶

Como dito, contrapondo-se a essa corrente preservacionista está a corrente não preservacionista que se orienta pelas seguintes premissas:

[...] (a) a prisão, ressalvado o flagrante, exige fundamentação específica que, ausente, a transforma em condenação antecipada; isso significa tratar o condenado como culpado, antes do trânsito em julgado, o que conflita com a presunção de inocência; (b) a CF garante irrestritamente a “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inc. LV); (c) garante também o contraditório (inc. LV) e, (d) de outro lado, no inc. LIV cuidou da previsão do “devido processo legal”, que tem no duplo grau de jurisdição uma das suas mais vivas manifestações [...]¹⁷⁷

Ressalte-se que, o novo processo penal rege-se agora por novas diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1998, Carta Magna que inicia um novo ordenamento normativo pátrio, fulcrado nos princípios do devido processo legal; do duplo grau de jurisdição; presunção de inocência; contraditório e ampla defesa; garantias individuais que limitam o poder punitivo estatal.

Corroborando, Luiz Flávio Gomes se manifesta:

O sistema “legal” precedente à Constituição de 88 confronta com os princípios citados. Com efeito, disciplina como decorrência “automática” da sentença condenatória a prisão do condenado; essa mesma prisão é “condição procedimental” do recurso de apelação. Para apelar o condenado tem que se recolher à prisão, salvo umas poucas exceções, o que significa que o apelo, conforme o sistema legal, não tem efeito suspensivo. A prisão, logo se percebe, é o “imposto” cobrado pela legislação ordinária para que o recurso de apelação sobrepassasse o juízo de admissibilidade do seu processamento. Sem a prisão a apelação não pode ser conhecida, não pode ser processada e enviada à segunda instância, salvo poucas exceções. Com o advento da Constituição, que consagrou a presunção de inocência, a “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o contraditório assim como o “devido processo legal” (duplo grau de jurisdição), tornou-se evidente que essa condição (verdadeiro “imposto”) de se recolher à prisão para apelar perdeu sua

¹⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 41.

¹⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 41-2.

¹⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 49.

razão de ser. O duplo grau de jurisdição, a ampla defesa e o contraditório foram garantidos de modo irrestrito. Logo, inegável que o sistema legal infraconstitucional, na medida em que condiciona o recebimento da apelação à prisão, entrou em linha de conflito com a Constituição. No entrechoque das duas ordens normativas, não se discute a primazia da ordem constitucional, que funciona como “fator obstativo da eficácia da lei anterior conflitante” [...] o art. 594 (bem como o 393, I) do CPP não foi recepcionado pela Lei Magna de 1988. A apelação já não pode ficar condicionada ao recolhimento do condenado à prisão. Uma vez interposta (e desde que preencha seus requisitos objetivos e subjetivos, excluída a exigência de prisão), deve ser recebida e processada. Com isso operou-se a desvinculação total da prisão frente à apelação. Nada impede, no entanto, como veremos em breve, que o juiz decrete a prisão preventiva do condenado, desde que haja justo motivo. Mas essa decretação de modo algum terá qualquer influência no resultado do processamento de eventual apelação [...] ¹⁷⁸.

Nesse contexto, a corrente não preservacionista se manifesta em várias vertentes de inconstitucionalidade do artigo 594, manifestada por Tribunais e diversos juristas. Cada uma dessas vertentes firma a inconstitucionalidade do artigo 594 na falta de um dos princípios acima citados.

A jurisprudência pode ser exemplificada com a manifestação do Ministro Marco Aurélio, em voto no Colendo Supremo Tribunal Federal:

Procede o inconformismo dos Recorrentes quanto a incompatibilidade da regra do art. 594 em comento com a nova ordem constitucional. Esta é explícita ao revelar como garantia constitucional que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei” (inciso LXI, do artigo 5º). Ora, de prisão em flagrante delito não se cuida nem de hipótese de prisão preventiva em que se exige ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Também não se tem no caso dos autos o envolvimento de transgressão militar ou de crime propriamente militar. Excluídas as hipóteses contempladas no referido inciso, conclui-se que a prisão deve estar lastreada na certeza da culpa do condenado. Se o inciso LVII do mesmo art. 5º consigna que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, impossível é ter como harmônica com a Constituição Federal a regra do art. 594 do Código de Processo Penal. Trata-se de extravagante pressuposto de recorribilidade que conflita até mesmo com o objetivo do recurso. É contraditório exigir-se daquele que deseja recorrer e, portanto, mostra-se inconformado com o provimento condenatório, que se apresente no estabelecimento penal para verdadeiro início de cumprimento da pena. Por outro lado, a inexistência da primariedade e dos bons antecedentes não é de molde a respaldar a prisão. Diz respeito a procedimentos pretéritos do condenado que não formam base ao título condenatório, em relação ao qual se insurge. Impossível é conceber que o recolhimento a ser efetuado seja fruto da inexistência da primariedade e dos bons antecedentes, pois, caso contrário, estaria incidindo em verdadeiro *bis in idem*. ¹⁷⁹

Na mesma esteira de posicionamento, sintetiza Alberto Silva Franco:

¹⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 50.

¹⁷⁹ AURÉLIO, M. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 50-1.

Num Estado Democrático de Direito no qual a dignidade da pessoa humana funciona como ponto fulcral, não pode um cidadão ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e sem que tal culpabilidade seja reconhecida através do “due process of law [...] De uma sentença condenatória recorrível, não se pode, portanto, extrair a ilação de que o apenado só terá condições de recorrer em liberdade, se for primário e de bons antecedentes. O texto constitucional não determinou, nessa situação concreta, nenhuma limitação ao gozo da liberdade e, por certo, se o legislador infraconstitucional entendia, anteriormente, de modo diverso, tal entendimento não poderá mais prevalecer.¹⁸⁰

Ratificando a não recepção do artigo 594 pela Carta Constitucional de 1988, Castanho de Carvalho se manifesta:

[...] verifica-se uma evidente contradição no ordenamento jurídico que assegura o contraditório e, ao mesmo tempo, cerceia a liberdade de recorrer com o constrangimento de recolher-se o recorrente à prisão [...] claro, portanto, que a possibilidade de impugnação dos atos decisórios é fundamental para que exista contraditório. O emprego desse raciocínio leva à conclusão de que os dispositivos legais mencionados mais acima constituem verdadeiras limitações ao princípio do contraditório. Ressalte-se que o legislador constituinte não estabeleceu qualquer restrição ao preceito constitucional. Não poderia o legislador ordinário fazê-lo.¹⁸¹

Karan aponta que a “inconstitucionalidade reside na ofensa ao direito de ampla defesa”;¹⁸² ressaltando:

[...] há que se afirmar a clara inconstitucionalidade tanto da regra contida no art. 594 do CPP, ao condicionar à prisão a apelação do réu que não for primário e de bons antecedentes, quanto da regra do art. 595 do mesmo diploma legal, que determina a deserção da apelação em função da fuga do réu condenado. Tais dispositivos de nossa lei processual ferem frontalmente a garantia da ampla defesa, consagrada no n. LV do art. 5º da CF e, já por isso, há que lhes ser negada vigência. Assegurando a regra constitucional a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nenhuma circunstância poderá inviabilizar o acesso ao duplo grau de jurisdição, que, a toda evidência, constitui recurso inerente à ampla defesa [...] o recurso deve, portanto, sempre ter efeito suspensivo.¹⁸³

Outro que defende a inconstitucionalidade do artigo 594 do Código de Processo Penal é Tucci, citado por Luiz Flávio Gomes, seu pensamento pode assim ser resumido:

[...] a jurisprudência, ao continuar exigindo os requisitos da primariedade e bons antecedentes para apelar sem se recolher à prisão vem fazendo “aplicação incorreta do preceito” constitucional que cuida da presunção de inocência; devemos distinguir a “prisão provisória tipicamente cautelar” (flagrante, preventiva e temporária) da prisão de “natureza processual” (decorrente de pronúncia e sentença recorrível); esta última hipótese existe “apriorística consideração de culpa”, logo, afronta o preceito constitucional enfocado; é uma “antecipada admissão de culpabilidade” de todo inadmissível; do texto constitucional não emana nenhuma ressalva nem qualquer referência à primariedade ou bons antecedentes, logo, “restam de todo ineficazes, ante a preceituação constitucional, os arts. 393, I, 408, §1º, e 594 do Código de

¹⁸⁰ SILVA FRANCO, A. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 50-1.

¹⁸¹ CASTANHO DE CARVALHO, L. G. G. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 52.

¹⁸² GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 52.

¹⁸³ KARAN, M. L. *Apud.* GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem.* p. 52-3.

Processo Penal, e 35 da Lei n. 6368/76”. [...] (a) que essa interpretação exegética vai ganhando adeptos a cada dia [...] (b) que para suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15, III) a Carta Magna exige “trânsito em julgado”, logo, para a privação da liberdade, a exigência não pode ser menor.¹⁸⁴

Em posicionamento contrário à constitucionalidade do artigo 594 do Código de Processo Penal em face a nova ordem constitucional, Tourinho Filho adverte:

Infere-se do texto constitucional, com uma clareza de doer nos olhos, que o réu tem o direito público subjetivo de natureza constitucional de apelar em liberdade. Entendimento diverso conferirá à Lei das Leis o mesmo destino das folhas mirradas e ressequidas das estações outonais. Para que serviria, então, a Magna Carta? Nos período de exceção, todos criticam a política autoritária e ficam, aos quatro ventos, clamando por liberdade, por democracia. Mas, quando cessa o período ditatorial, e o País se reencontra com a democracia e a liberdade, e os nossos constituintes elaboram leis que vêm ao encontro dos anseios libertários, proclamando plena publicidade do processo, paridade absoluta dos direitos e poderes da acusação e defesa, infranqueabilidade do domicílio [...] a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, o *due process of law*, a presunção de inocência, é de todo injustificável e inadmissível venha a justiça – e logo a justiça – a caminhar para o lado oposto, no sentido de retorno à época das construções político-ditatoriais, pondo o processo, que é instrumento de defesa das liberdades individuais, a serviço de propósitos políticos autoritários.¹⁸⁵

Portanto, verifica-se que, a única corrente, a qual preenche os requisitos de uma aplicação garantista da Constituição Federal, é a corrente não preservacionista, uma vez que destaca o princípio da presunção de inocência e o da ampla defesa, assegurados como direitos fundamentais, dessa forma, permitindo a sua efetividade em obediência aos postulados do garantismo jurídico-penal.

¹⁸⁴ TUCCI, R. L. *Apud*. GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*. p. 53-4.

¹⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 64-5.

5. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de direito é o sistema político-jurídico que visa a limitar a atuação do poder estatal, bem como, promover a defesa dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição, porém, essa ação democrática em sede penal só será possível por meio de práticas processuais penais que atentem para os postulados do garantismo jurídico-penal.

O garantismo jurídico-penal estabelece uma teoria de direito penal mínimo, ou seja, mínima intervenção punitiva estatal. O Estado somente pode exercer a sanção penal nos limites permitidos pela Constituição Federal. Sendo assim, o garantismo jurídico-penal procura aproximar a realidade operativa de aplicação punitiva, realizada sempre de forma perversa e irracional, aos princípios e valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito, inseridos na Constituição sob o manto de Direitos Fundamentais. O garantismo jurídico-penal prioriza o indivíduo em face ao poder punitivo estatal, garantindo os Direitos Fundamentais expressos constitucionalmente. Na perspectiva do garantismo jurídico-penal, as práticas penais só terão validade desde que atendam a um conteúdo de efetivação dos Direitos Fundamentais. O sistema penal pátrio é o sistema acusatório, ainda que contaminado com características autoritárias, assume papel de instrumento realizador dos propósitos de um Estado Democrático de direito que permite uma eficaz atuação dos postulados do garantismo jurídico-penal.

O garantismo jurídico-penal prioriza a efetividade dos Direitos Fundamentais, que são os direitos básicos dos indivíduos, os quais asseguram a liberdade e a dignidade em face da superioridade do Estado. Desta forma, todo o sistema estatal deve ser voltado para proteção dos Direitos Fundamentais inseridos na Constituição. Os Direitos Fundamentais previstos, constitucionalmente, são tidos como garantias constitucionais que devem ser atendidas por todos os entes do Estado, dentre as garantias constitucionais que asseguram a liberdade e a defesa em sede de direito penal e processual penal, destacam-se os princípios da

presunção de inocência e ampla defesa. Com base nesses dois princípios é que se desenvolve a efetiva proteção da liberdade dos indivíduos. A efetivação dos princípios constitucionais se dá por meio do devido processo legal, com obediência aos princípios do sistema processual acusatório, único capaz de atender aos anseios de uma política criminal garantista.

Uma prática penal antigarantista, ainda presente no sistema processual penal pátrio, é a prisão para apelar. Conforme dispõe o artigo 594 do Código de Processo Penal, faz-se necessário o recolhimento, à prisão, do acusado, caso não preencha os requisitos para apelar em liberdade (fiança, direito de livrar-se solto e acusado primário e de bons antecedentes), em caso de sentença condenatória. O referido dispositivo penal submete o acusado a uma antecipação de pena, já que a sentença ainda não transitou em julgado, contrariando frontalmente o Direito Fundamental da presunção de inocência, impondo requisito não previsto constitucionalmente para exercer a ampla defesa. Essa regra processual penal é totalmente anticonstitucional, pois fere princípios estabelecidos na Constituição Federal, no que tange aos Direitos Fundamentais, isso ocorre em razão do nosso código de processo penal ser anterior a Constituição de 1988.

Os resultados apresentados nesta investigação científica, cujo relato ora se encerra, são sólidos para provocar a reflexão dos operadores jurídicos quanto à prática do instituto da prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível (prisão para apelar), nos moldes previstos no artigo 594 do Código de Processo Penal. O referido dispositivo processual é antigarantista, uma vez que, apesar de vigente no sistema processual penal, não possui validade, pois fere os Direitos Fundamentais da presunção de inocência e ampla defesa – direitos básicos garantidos constitucionalmente – portanto, o referido dispositivo penal, além de antigarantista, é totalmente inconstitucional, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois esta instaura um novo ordenamento jurídico pátrio fundado, principalmente, no respeito à liberdade e à dignidade dos indivíduos.

6. REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Daiana Delamar; NÓBREGA, Dario Alexandre; NUNES, Leandro Gornicki; FARRIS, Paolo Alessandro; FREITAS, Roberto Gonçalves de. **Constituição, arantismo penal e limites da prisão cautelar**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/arquivos/artigo%20grupo%20joinvilie.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2007.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

ASSUNÇÃO, Marlize Daltro. **Teoria geral do garantismo: cosiderações preliminares**. Jus Navigandi, Teresina, Ano 10, Nº 970, 27 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8037>. Acesso em: 14 mar. 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. 2 Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUBLITZ, César Walmor. **A constitucionalidade da prisão preventiva diante do garantismo penal**. Disponível em: <http://ensino.univates.br/~direito/artigo56.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 11 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARLIN, Marcelo. **Liberdade provisória com ou sem fiança e direito de recorrer em liberdade no processo de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/marcelo%20Carlin.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3 ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CELIDONIO, Guilherme. **O recolhimento ao cárcere como condição objetiva de admissibilidade da apelação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, Nº 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5331>. Acesso em: 08 ago. 2006.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. **A apelação no processo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, Nº 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1079>. Acesso em: 08 ago. 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentário à constituição de 1988**. v. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. **Comentário à constituição de 1988**. v. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. 1 ed. 3 tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e ampl. Título original: Diritto e ragione: teoria Del garantismo penale. 6. e. Roma: Laterza, 2000. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Princípios constitucionais do Processo Penal**. Jus Vigilantibus, Vitória, 11 jun. 2004. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/836. Acesso em: 31 jan. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Vigência e validade da lei**. Revista Prática Jurídica. Ano VI. Nº 62. 31 mai. 2007. Brasília. p. 14-15.

GUIMARÃES PESSOA, Flávia Moreira. **O livre convencimento motivado como direito fundamental**. Revista Prática Jurídica. Ano VI. Nº 63. 30 jun. 2007. Brasília. p. 33-35.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares**. Jusnavigandi, Teresina, ano 4, Nº 45, set. 2000. Disponível em: <http://jus2vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>. Acesso em: 15 jul. 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência** – Coleção temas jurídicos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O artigo 594 do CPP: uma interpretação conforme a Constituição**. Jus Navigandi, Teresina, Ano 6, Nº 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2469>. Acesso em: 08 ago. 2006.

SILVA, Flávio Alexandre. **O garantismo jurídico e a refuta ao modelo tripartido do Estado**. Boletim Jurídico. Uberaba/MG, a. 3, Nº 218. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1766>. Acesso em: 29 mar. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual. até E.C. n. 48. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. **Prisão temporária: uma interpretação conforme a Constituição da República**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, N.º 311, 14 maio 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5199>. Acesso em: 08 ago. 2006.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da; RODRIGUES, Leandro Nascimento. **Da natureza jurídica da prisão decorrente da sentença penal condenatória conforme interpretação jurisprudencial do princípio da presunção de inocência apologia da execução provisória da pena**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, Nº 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8142>. Acesso em: 07 fev. 2007.

STIPP, Álvaro. **Garantismo**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=garantismo>. Acesso em: 29 mai. 2007.

TORRIERI GUIMARÃES, Deocleciano. **Dicionário técnico jurídico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 26. ed. ver. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Processo penal**. 14. ed. rev. e atual. v. I. São Paulo: 1993.